

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/101943> since

Publisher:

Jovene

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

DECIDERE INVANO
I
ASPETTI DELLE INVALIDITÀ
NELLE SENTENZE MEDIEVALI

MICHELE ROSBOCH

DECIDERE INVANO

I

ASPETTI DELLE INVALIDITÀ
NELLE SENTENZE MEDIEVALI



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2010

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2010

ISBN 88-243-1968-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. «Decidere invano»	p.	1
2. Le invalidità: riflessioni attuali e terminologia in uso	»	6
3. Le invalidità processuali e la loro specialità	»	17
4. I modelli di riferimento della dottrina e della storiografia: l'orizzonte concettuale dell'invalidità	»	23
5. La tradizione francese	»	25
6. L'impostazione pandettistica	»	29
7. Conclusione: <i>la</i> invalidità e <i>le</i> invalidità nel diritto odierno	»	37

CAPITOLO PRIMO

PREMESSE ROMANISTICHE E SVILUPPI ALTOMEDIEVALI

1. Premessa	»	41
2. Gli atti giuridici invalidi nel diritto romano (cenni)	»	43
3. La sentenza invalida in diritto romano	»	49
4. L'evoluzione post-classica delle invalidità della sentenza	»	53
5. Dall'eredità romana al periodo altomedievale: osservazioni generali e casi d'invalidità	»	61

CAPITOLO SECONDO

LA «RISCOPERTA» DELLE INVALIDITÀ DELLA SENTENZA NEI PRIMI GLOSSATORI CIVILISTI

1. Premessa	»	77
2. Le prime testimonianze di derivazione romanistica	»	79
3. La tradizione longobardistica e le opere franco-provenzali	»	84
4. Il contributo fondante irneriano	»	86

CAPITOLO TERZO
CLASSIFICAZIONE
E TIPOLOGIA DELLE INVALIDITÀ
DELLA SENTENZA DA IRNERIO
ALLA GLOSSA ACCURSIANA

1. Premessa	p.	91
2. Dopo Irnerio	»	93
3. Da Rogerio al contributo ordinatore di Piacentino	»	101
4. Da Piacentino ad Azzone	»	110
5. La svolta azzoniana	»	116
6. L'assestamento della glossa accursiana	»	129

CAPITOLO QUARTO
CONTRIBUTI CANONISTICI

1. Premessa	»	137
2. Invalidità ed ingiustizia della sentenza nel <i>Decretum magistri Gratiani</i>	»	138
3. Dal <i>Decretum</i> al <i>Liber Extra</i>	»	154

CAPITOLO QUINTO
L'APPORTO STATUTARIO
FINO AL SECOLO XIV

1. Premessa	»	169
2. I più antichi statuti	»	170
3. Lo sviluppo del secolo XIV	»	180
4. Il punto di vista dei giuristi «statutari»	»	195

CAPITOLO SESTO
LA CLASSIFICAZIONE DELLE INVALIDITÀ
DELLE SENTENZE E IL LORO ASSETTO
DA TANCREDI ALLO *SPECULUM* DEL DURANTE

1. Premessa	»	205
2. Da Tancredi allo <i>Speculum</i> del Durante	»	208
3. Verso il superamento della concezione tradizionale	»	222

CAPITOLO SETTIMO
IL TRATTAMENTO
DELLE INVALIDITÀ DELLE SENTENZE
E LE RELATIVE IMPUGNAZIONI

1. Premessa.....	p. 225
2. La qualificazione delle invalidità della sentenza: la sintesi del Durante.....	» 226
2.1. Le nullità assolute	» 226
2.1. Invalidità della sentenza, strumenti di recupero e di convalida.....	» 240
2.3. Le impugnazioni della sentenza quale strumento di annullamento	» 251
3. Le origini della <i>querela nullitatis</i> nel complesso delle impugnazioni	» 255
Considerazioni conclusive.....	» 265
<i>Indice dei nomi</i>	» 277

INTRODUZIONE*

SOMMARIO: 1. «Decidere invano». – 2. Le invalidità: riflessioni attuali. – 2.1. Le invalidità: la terminologia in uso. – 3. Le invalidità processuali e la loro specialità. – 4. I modelli di riferimento della dottrina e della storiografia: l'orizzonte concettuale dell'invalidità. – 5. La tradizione francese. – 6. L'impostazione pandettistica. – 7. Conclusione: *la* invalidità e *le* invalidità nel diritto odierno.

1. «Decidere invano».

L'esigenza della giustizia costituisce – accanto a quelle della verità e della certezza – una costante del vivere civile; perciò ha informato in vario modo il modularsi dei concetti e degli istituti

* L'attuale lavoro costituisce un primo punto d'arrivo di alcuni studi dedicati al complesso ed articolato fenomeno delle invalidità nel diritto medievale, di cui si riprenderanno anche determinati aspetti già sviluppati altrove. Le indagini compiute hanno preso le mosse dall'analisi della disciplina di un certo numero di statuti comunali, giungendo, però, ad offrire un tentativo di visione d'insieme sul tema specifico delle invalidità processuali svolte esaminando particolarmente l'opera di Guglielmo Durante. Mi sono già occupato del problema nei miei passati lavori: *Le invalidità negli statuti di Torino*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXIX (1996), pp. 267-335; *L'invalidità della sentenza nello Speculum di Guglielmo Durante*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXII (1999), pp. 177-288; *Prospettive medievali sulle invalidità*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXIV (2001), pp. 315-353; *Invalidità e statuti medievali. Pisa, Bologna, Milano e Ivrea*, Roma 2003, pp. 454; *Le invalidità negli statuti di Nizza*, in *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, a c. O. VERNIER, Parigi 2008, pp. 721-732. Nel presente studio ci si rifarà anche ad indicazioni e considerazioni già espresse, con il necessario adattamento al 'taglio' specificamente processuale del contenuto della presente pubblicazione. Inoltre, l'intento primario di questo lavoro non è tanto quello della ricostruzione sistematica di tutte le vicende dell'invalidità, quanto piuttosto di fornire un contributo all'analisi di taluni nodi essenziali dello sviluppo storico delle invalidità della sentenza, anche alla luce dell'odierno dibattito della storiografia e della dottrina giuridica.

giuridici nel corso della storia¹. In particolare, queste istanze insopprimibili della coscienza hanno condizionato – e condizionano tutt’oggi – gli istituti deputati a «fare giustizia», e – naturalmente – in primo luogo quelli del diritto, chiamato in una società civile a dirimere le controversie proprio in nome della «giustizia». La storia del processo rappresenta anche la storia degli strumenti approntati nelle diverse epoche storiche per risolvere i conflitti sorti nei vari ordinamenti, non con il ricorso alla forza, ma mediante l’utilizzo di norme, precetti e principi giuridici². Le diverse società, a partire in specie da quella romana, hanno impegnato

¹ Si vedano, per tutti, E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano 1970, pp. 557-589; G. DEL VECCHIO, *Giustizia*, in *Dizionario delle idee*, Firenze 1977, pp. 468-472; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992; F. D’AGOSTINO, *Diritto e Giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*, Milano 2000; C.M. MARTINI-G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino 2003; P. ERDŐ, *Teologia e diritto canonico: un approccio storico-istituzionale*, Torino 1996 e le puntuali e recenti osservazioni di F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006. Inoltre, si veda la ‘voce’ di G. MADDALENA, *Giustizia*, in *Dizionario di etica pubblica*, in corso di stampa. Rientra – ovviamente – nell’irriducibile esigenza della giustizia propria di ogni essere umano «l’aspirazione ad una corretta conduzione delle vicende giudiziarie – insomma, come si direbbe oggi, ad un processo giusto; [essa] trascende i confini temporali dello Stato di diritto ed è immanente ai diversi ordinamenti, compresi quelli nei quali troppo spesso, come nell’altomedioevo, il desiderio di giustizia trovava realizzazione grazie alla consapevolezza dell’esercizio della propria forza» (R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Roma 1997, p. 13). Lo ha richiamato espressamente di recente anche Antonio Padoa Schioppa: «Sullo sfondo stanno le forme in cui nel tempo si sono manifestate – ma soprattutto i differenti modi in cui ad esse si è tentato di dare risposta – le due esigenze intorno alle quali ruota l’intero mondo del diritto, l’esigenza di giustizia e l’esigenza di certezza: due poli che sono da considerare nei loro rapporti reciproci, nella loro relazione con la nozione stessa di diritto, nei loro mutevoli rapporti con il potere» (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna 2007, p. 8). Da ultimo si veda G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008.

² Esemplificativamente, per tutti, cfr. A. ENGELMANN, *A history of continental civil Procedure*, trad. it. R.W. Millar, Boston 1927; R. VAN CAENEGEM, *History of European Civil Procedure*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, Le Haye-Paris-New York 1973; F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986; P. PRODI, *Una storia delle giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000 e, sinteticamente, P. GROSSI, *Giustizia e diritto tra medioevo ed età moderna*, in «Filosofia politica», 1 (2001), pp. 51-56. Da ultimo si veda l’a-

nell'attività di decisione e risoluzione delle controversie innumerevoli risorse ed energie; inutile dire che la «giustizia» ha rappresentato da sempre nella civiltà occidentale un «problema», che si colloca a diversi ed intrecciati livelli³.

Inoltre, il processo è stato spesso rivolto ad un fine ben preciso: l'ottenimento di una decisione stabile, sicura e giusta, tale – cioè – da consentire una relativa tranquillità all'ordinamento ed una soddisfazione ai consociati. L'attività processuale e decisoria ha ottenuto, pertanto, nel corso dei secoli attenzione particolare da parte della dottrina giuridica e della legislazione, che ne hanno compreso l'importanza centrale nell'edificazione di un compiuto ordinamento giuridico. La giustizia ed il diritto – ben si sa e non occorre ripeterlo – camminano ed operano sulle gambe degli uomini e, come tali, ne rispecchiano la limitatezza e la necessaria provvisorietà. Anche l'atto conclusivo di ogni procedimento contenzioso destinato a «fare giustizia» – la sentenza – non ottiene, come tutte le cose umane, la sicurezza della perfezione assoluta. Sempre gli ordinamenti si sono imbattuti in episodi di decisioni ingiuste, viziate, inopportune, tanto da far ritenere auspicabile all'ordinamento di riaprire il caso⁴. D'altra parte «il caso chiuso» ha

gile e compiuta sintesi di N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, il quale osserva come: «La giurisdizione ha assunto, nel tempo e nello spazio, significati e valori diversi. Ripercorrendone la storia ci rendiamo conto che tale nozione, come del resto le istituzioni giudiziarie in genere, non sono creazioni arbitrarie, ma il risultato della razionalità umana e delle circostanze particolari nelle quali essa opera in concreto. Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che, soprattutto nella nostra epoca, si sono prodotte al riguardo, occorre, quindi, ripensare i problemi utilizzando dialetticamente il metodo storico e comparativo, metodo che ci consente di mettere in discussione certezze che sembrano definitivamente acquisite» (pp. 14-15).

³ «Nel processo si rispecchiano i grandi temi della libertà e della giustizia. ... Ogni sistema processuale è, in realtà, lo specchio fedele della concezione della vita, che domina in un dato luogo ed in un dato momento della storia dei popoli» (M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, p. 313). Si vedano anche A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997 e R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna 2007, *passim*.

⁴ La necessità di allargare gli orizzonti della considerazione del fenomeno giuridico sono ben espresse in un passo di Harold Berman: «Il diritto – quantomeno nella storia occidentale – non può essere interamente ridotto né alle condizioni materiali

sempre rappresentato un «sospiro di sollievo» per il legislatore e per l'operatore del diritto, potendo anche i soggetti della controversia ottenere una certezza. Fra le opposte e spesso conflittuali esigenze di giustizia e di certezza (e muovendosi fra i diversi piani dell'ingiustizia e dell'illegittimità) si sono mossi nel corso della storia i giuristi, che hanno in modi diversi delineato la struttura, gli elementi ed il destino delle sentenze invalide⁵.

«*Decidere invano*». È un prezzo che l'ordinamento ha sempre pagato (e sempre dovrà pagare...) di fronte all'insopprimibile esigenza di giustizia e di verità sostanziale⁶, chiamate nelle diverse circostanze storiche a fare i conti con le strettoie delle costruzioni giuridiche, del limite umano e degli inevitabili errori e fallimenti; ma è proprio di fronte a queste richieste ineludibili e a tali contraddizioni che il diritto «con onestà» si è mosso alla ricerca di nuovi istituti e di possibili equilibri fra certezza e giustizia e fra sicurezza e verità⁷. Così che la classificazione ed il trattamento delle decisioni assunte «invano» hanno spronato il

della società che lo produce, né al sistema di idee e di valori, ma deve essere anche visto, in parte, come un fattore indipendente, una delle cause e non solo uno dei risultati dello sviluppo sociale, economico, politico, intellettuale e religioso» (H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna 2006, p. 77). Osservazioni importanti anche in H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, a c. G. DE STEFANO, Milano 1965, in specie pp. 69-159 e, da ultimo, in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, pp. 27-56.

⁵ «Ogni passo compiuto per soddisfare il bisogno di certezza finisce col compromettere il bisogno di giustizia» (cfr. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato. I. Parte Generale*, Torino 1947, p. 34, che richiama un'affermazione di F. CARNELUTTI, *Teoria cambiaria*, Padova 1937, p. 7).

⁶ Sinteticamente, J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna 2004.

⁷ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie...* cit., pp. 13-41 e sulla stretta connessione fra le esigenze di giustizia e di verità, cfr. sinteticamente L. GIUSSANI, *Il senso religioso*, Milano 1997, pp. 156-160. Esprime con chiarezza la questione una glossa del secolo XII: «Tria sunt, que preiudicant veritati: res iudicata, transaccio, jus iurandum. Res iudicata – unde dicitur: 'res iudicata pro veritate accipitur [Auth. 96,1 ad C. 3,9,1]', et iterum 'semel cum causa approbata fuit, vera sit sive falsa, non iterum retractatur'. Transaccio, id est pactum – et sepe preiudicat veritati, ut vulgo dicitur: 'pactum vincit legem'. Jus iurandum – sepe preiudicat veritati» (H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the Twelfth Century*, Cambridge 1938, p. 231).

mondo del diritto – ed in particolare la scienza giuridica di quell'epoca complessa e ricchissima che va sotto il nome di «rinascimento giuridico» – a percorrere nuove strade e ad elaborare nuove e articolate soluzioni⁸. Questo complesso fenomeno (teorico e pratico) costituisce un capitolo interessante della nostra storia ed al contempo può pure consentire una più profonda percezione di soluzioni recenti ed attuali, che si collocano – oltre che al centro dell'odierno sistema processuale – anche al cuore del necessario e acceso dibattito sulla giustizia e sugli strumenti giuridici adatti a perseguirla nell'orizzonte della società contemporanea e dei suoi valori⁹.

Le considerazioni di seguito presentate – senza avere la pretesa di ricostruire sistematicamente l'evoluzione dei problemi legati all'invalidità della sentenza – si riferiscono specialmente all'età della glossa, culminata con il periodo dei postglossatori (o postaccursiani) in cui spicca l'opera processualistica di Guglielmo Durante, senza peraltro trascurare i necessari, ma sintetici, confronti con alcuni aspetti del pensiero dei successivi com-

⁸ In generale, per tutti, cfr. E. CORTESI, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992 e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma 1995, pp. 127-253.

⁹ Per tutti, secondo punti di vista e preoccupazioni molto differenti, E. DI ROBILANT, *Diritto, società e persona*, Torino 1999; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005; AA. VV., *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, Torino 2000. Il dibattito è centrale anche nella riflessione canonistica, già a partire dalle fonti: «Come si vede, l'originario pensiero graziano verrà riformulato (o forse limitato), cercando un non facile equilibrio tra l'esigenza di certezza, che porterà all'inattaccabilità della pronuncia del giudice, e quella di giustizia come riconoscimento della verità, che invece implica la continua valutabilità della sentenza intrinsecamente ingiusta. Risulta, però, evidente che in una visione generale, la quale penetri nel profondo del sistema processuale canonico, si manifesti chiaramente per Graziano l'imprescindibile esigenza che venga risolto in contrasto tra ciò che emerge nel campo sostanziale e ciò che è stabilito dal *dictum* giudiziale e che, quindi, si affermi la certezza legale solo quando sia stata rispettata la reale situazione giuridica» (R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli 1990, pp. 198-199); in generale, per tutti, P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in «Archivio di Diritto Ecclesiastico», (1943), pp. 343 ss.; G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968 e G. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano 1968.

mentatori. Si cercherà di cogliere – soprattutto con attenzione al secolo XIII¹⁰ – alcuni passaggi significativi ed alcuni nodi dello sviluppo della materia delle invalidità nel corso del diritto comune, destinati a condizionare in maniera rilevante anche l'evoluzione moderna e contemporanea delle invalidità e delle impugnative processuali¹¹.

Alle specifiche considerazioni sulle invalidità della sentenza nell'età medievale è peraltro indispensabile premettere alcune indicazioni di carattere generale sulla situazione delle invalidità ed una sintetica ricognizione della più importante storiografia giuridica, dedicate alle invalidità in specie nella storia medievale¹².

2. *Le invalidità: riflessioni attuali e terminologia in uso*¹³.

Per la relatività dei concetti che si usano, pare di una certa utilità – anche per l'esame delle invalidità della sentenza nel di-

¹⁰ Sia per la presenza del Durante sia per l'opera di Azzone ed Accursio il secolo XIII risulta essere particolarmente dinamico e significativo.

¹¹ Il diritto comune dell'epoca medievale – com'è noto – non offre alcuna specifica opera in materia d'invalidità. Per quanto riguarda, invece, il periodo del tardo diritto comune si possono vedere le seguenti specifiche trattazioni: S. VANZIO, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Venetiis 1581; B. ALTIMARO, *Tractatus de nullitatibus*, Venetiis 1720, F. DE FRANCHINIS, *Praxis criminalis nullitatum ad defensam reorum*, Neapoli 1711.

¹² La riflessione sul tema dell'invalidità rappresenta un ambito in cui si registra con chiarezza la discontinuità fra diritto del medioevo e sistema giuridico contemporaneo, come la storiografia non ha mancato di rilevare: «Nell'esperienza giuridica moderna l'unicità della norma di validazione è una delle cause concorrenti nel rendere l'unitarietà della relazione che lega atto privato e ordinamento superiore. In un ambiente necessariamente pluralista, com'è quello medievale, il quadro non può che palesarsi diverso, il che induce una differente concezione delle relazioni che legano l'atto del privato alla costellazione di norme chiamata a dargli ingresso nel mondo dei fenomeni giuridici» (R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001, p. 64). Cfr. anche A. GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in «Rivista di diritto civile», XXXIX (1993), pp. 41-83 (che riprende con lievissime modifiche un articolo apparso in «Studi parmensi» XXXII (1983), pp. 135-181, dal titolo *La dichiarazione di nullità del negozio giuridico, saggio di diritto comparato*).

¹³ Per un quadro generale e sintetico, cfr. G. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1990, pp. 921-968 e R. SACCO, *Nullità ed annullabilità*, in *Digesto per le*

ritto medievale – partire da una breve ricostruzione dell'attuale concezione dell'invalidità, con particolare riguardo all'invalidità processuale. Pur nella consapevolezza della distanza fra le epoche e della discontinuità che caratterizzano gli sviluppi della storia giuridica, è innegabile che i concetti moderni costituiscono per lo storico utili strumenti di lavoro e importanti termini di riferimento e di confronto fra assetti giuridici pur lontani nel tempo e nell'impostazione teorica¹⁴.

L'invalidità è un tema che ancor oggi impegna a fondo la dottrina giuridica (in specie civilistica e processualistica, ma anche pubblicistica) e che ha impegnato a vari livelli anche la storiografia giuridica volta al medioevo¹⁵. A grandi linee emerge in

discipline privatistiche-Sezione civile, XII, Torino 1995, pp. 293-310. Le opere maggiori dedicate alle invalidità nella dottrina giuridica italiana (civilistica e processualistica) sono le seguenti, escludendo quelle già citate e le trattazioni parziali o i semplici articoli su riviste, il cui numero è sterminato: C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano 1975; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova 1990; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano 1959; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino 1943; ID., *L'inefficacia del contratto*, Torino 1973; F. FERRARA, *Inefficacia ed inopponibilità*, Napoli 1939; G.C. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983; E. GROSSI, *Nullità dei negozi giuridici*, Roma 1916; R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano 1978; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli 1962; L. MOSCO, *La conversione dei negozi giuridici*, Napoli 1947; M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano 1973; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano 1971; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1969; inoltre, cfr. S. POLIDORI, *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli 2001 ed A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, I contratti in generale, II, Torino 1999, pp. 1255-1405.

¹⁴ Per tutti, F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, pp. 27-41. Sono richiamate in questa sede – con modifiche e ampliamenti – alcune considerazioni di cui si è già fatto cenno in M. ROSBOCH, *Invalidità e statuti...* cit., pp. 15-22.

¹⁵ Come si potrà vedere nel capitolo successivo, sembra assente nella storiografia giuridica uno studio complessivo sulle invalidità nell'epoca del diritto comune, mentre trattazioni più complete si trovano per il diritto romano: in specie S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966; A. MASI, *Il negozio «utile» o «inutile» in diritto romano*, Milano 1966; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983. Si possono, peraltro, leggere considerazioni di rilievo su alcuni punti specifici relativi all'epoca intermedia, fra gli altri, nei seguenti scritti: G. RENARD, *L'idée d'annullabilité chez l'interprètes du droit romain au moyen âge*, in «Nouvelle Revue historique

campo civilistico la distinzione – netta nella terminologia, ma non sempre nell'applicazione ai diversi istituti – fra nullità e annullabilità (artt. 1418-1446 del codice civile). La nullità è considerata insanabile e la relativa azione può essere fatta valere da chiunque ed in qualunque momento. Si discute, in dottrina ed in giurisprudenza, secondo quali modalità il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità di un atto¹⁶. L'annullabilità, prevista per casi specifici e tassativi, si presenta come figura relativa, per cui l'azione di annullamento può essere fatta valere solo dai soggetti legittimati ed entro un termine preciso. La relativa eccezione è, invece, imprescrittibile. Il negozio viziato in modo da essere considerato nullo è insanabile, mentre quello annullabile è sanabile¹⁷. Sono legate alla nullità e all'annullamento, per quanto riguarda la mancata produzione degli effetti giuridici, la rescissione e la risoluzione (artt. 1447-1469 del codice civile): la risoluzione considera, però, eventi successivi alla conclusione dell'atto ed è perciò escluso che rientri nell'ambito dell'invalidità. Per quanto riguarda, invece, la figura della rescissione, la dottrina si presenta divisa sulla sua collocazione fra i rimedi d'invalidità, con prevalenza della soluzione negativa. Più precisamente, la costruzione delle invalidità accolta dal nostro codice civile presenta una gradazione delle invalidità stesse secondo la grande distinzione fra nullità ed annullabilità, secondo parametri ben delineati: legitti-

de droit français et étranger», XXVII (1903), pp. 214-248 e pp. 327-364; E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico. I. L'art. 1311 del Codice civile*, Bologna 1920; G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», (1927), pp. 335-405 e (1928), pp. 487-527 e J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris 1998, pp. 406-414. Si vedano, infine, le 'voci' di M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1972, pp. 560-573 e A. MASI, *Nullità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano 1978, pp. 940-950. Considerazioni di un certo interesse sono contenute anche nel saggio di R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale...* cit., in specie alle pp. 13-15 e 73-97.

¹⁶ Cfr. R. SACCO, *Nullità e annullabilità...* cit., pp. 306-310.

¹⁷ Per tutti, si può vedere C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino 1996, pp. 1-94 e rimandi ivi contenuti. Cfr. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1983, pp. 241-265.

mazione ad agire in giudizio/tipicità o meno/prescrittibilità o meno dell'azione corrispondente/operatività *ex tunc* oppure *ex nunc* dell'inefficacia¹⁸. Ed anzi secondo un'importante linea interpretativa diffusasi già a partire dalla riflessione pandettistica, la presenza accertata di una sola delle caratteristiche implicherebbe la necessaria presenza delle altre¹⁹. Ai confini di queste categorie si pongono, poi, l'inesistenza (considerata più grave della nullità) e l'irregolarità (meno grave dell'annullabilità)²⁰. Taluno ha parlato poi anche di inutilità con riguardo al successivo utilizzo o meno dell'atto²¹. Le stesse categorie, seppure con sfumature diverse, com'è noto, vengono utilizzate anche nei codici di procedura²², con riferimento alla sentenza ed agli altri atti del processo e nella disciplina del diritto amministrativo²³.

Nel diritto processuale, pur facendosi riferimento alle stesse categorie concettuali del diritto civile, queste assumono una veste specifica e nel complesso prevalgono le figure d'invalidità sa-

¹⁸ Questa costruzione, precisa ma assai rigida, si è già visto essere oggi sottoposta a puntuale revisione critica da parte di una certa dottrina, ed anche messa in discussione da qualche recente «non ortodosso» provvedimento normativo: cfr. G. GABRIELLI, *Una singolare nullità inopponibilità in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in «Rivista di diritto civile», (2001), pp. 29-38. Rimane peraltro la sistemazione vigente nel codice ed operante nelle aule dei tribunali. Cfr. per una sintesi efficace, F. MESSINEO, *Annulabilità ed annullamento*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, pp. 469-484.

¹⁹ Linea ben esposta in R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano 1990, pp. 3-68.

²⁰ Per inesistenza della sentenza si intende la situazione di gravissima patologia che sopravvive in ogni caso alla formazione del giudicato: C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 157-160. Cfr. pure A. TORRENTE, *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milano 1951, II, pp. 389-401. In senso critico rispetto all'utilità di una nozione di inesistenza si veda R. FERRABOSCHI, *Nullità ed inesistenza del matrimonio canonico*, in «Il diritto ecclesiastico», (1951), pp. 414-421. Importanti riflessioni pure in B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964 ed in G. OLIVERO, *Apunti sulla invalidità in diritto canonico*, Torino 1946.

²¹ L.M.A. DI CESARE, *Luci ed ombre dell'inutilità negoziale. (Considerazioni storiche)*, in «Vita notarile», (1986), pp. 1443-1447.

²² Per tutti, si veda C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 17-30.

²³ Come osserva, per esempio, C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano 1983.

nabili, sottoposte ai normali termini di prescrizione previsti dagli ordinari mezzi di gravame; si situano ai confini estremi dell'orizzonte del «giuridico» – invece – le figure più gravi degli atti inesistenti²⁴.

Nel complesso, si tratta di un tema preso in esame dall'attuale dottrina secondo un'ottica, per lo più privatistica, molto tecnica e strettamente legata al dato normativo; la dottrina contemporanea ha elaborato circa l'invalidità una «griglia» terminologica assai raffinata, di derivazione in gran parte pandettistica²⁵. Anche la nascita della categoria unitaria dell'invalidità risale alla scienza giuridica ottocentesca e, in specie, alla Pandettistica tedesca, che ha condizionato (e in certo senso ancora condiziona) la normativa e la dottrina giuridica successiva – anche italiana – in materia d'invalidità²⁶.

²⁴ Per tutti, si vedano G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processualcivilistiche*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, I, Milano 1967, pp. 497-541 e F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova 1999. Per il diritto pubblico, invece, la problematica dell'invalidità si riferisce in particolare ai fenomeni della conformità della legge al dettato costituzionale e dell'annullamento dell'atto amministrativo, escludendo, senz'altro, dall'ambito dell'invalidità i profili legati all'abrogazione delle norme giuridiche. Per i caratteri essenziali delle invalidità in ambito commercialistico, si vedano, per tutti, C. ANGELICI, *La società nulla*, cit. e A. BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano 1977.

²⁵ Per tutti, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1891) trad. it. a c. FADDA-BENSA, Torino 1904, I, pp. 264-272. Sui rapporti fra impostazione pandettistica e prospettive attuali, fra i molti, si veda P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, XVI, Torino 1997, pp. 673-699.

²⁶ Occorre chiarire che la visione pandettistica dell'invalidità, che si distingue per la sua precisione e per la sua disarmante semplicità, è anch'essa caratterizzata da punti critici e da risultati non sempre convincenti da poter essere apprezzati ed accettati da tutti: evidenza con chiarezza tali vicende R. SACCO, *Nullità ed annullabilità*, cit., pp. 293-297. Il valore della costruzione della scuola tedesca (strettamente legato alla teorica del negozio giuridico) resta, comunque, rilevante e non è stato scalfito, nella sostanza, nemmeno dagli sviluppi neo-sistematici, che hanno caratterizzato parte della dottrina italiana del secolo XIX: «Le categorie di invalidità del contratto accolte sotto il vecchio Codice rispecchiavano quelle francesi. Si parlava così di nullità assoluta, o di diritto, e di nullità relative; oltretutto di inesistenza. ... Successivamente, la recezione delle categorie pandettistiche portò al riconoscimento di una figura generale di invalidità, distinta nelle due figure della nullità e dell'annullabilità. Questa recezione non è sempre limpida nel nostro Codice attuale: ma almeno nel libro quarto delle obbliga-

Occorre peraltro precisare – soprattutto sulla scorta di alcune osservazioni di Tullio Ascarelli – che in una materia come quella dell’invalidità non è sufficiente collocarsi soltanto nel contesto dello stretto diritto positivo²⁷: in questa direzione si possono utilmente separare – nell’universo delle invalidità – le figure e i concetti di nullità ed annullabilità (precisamente normati ed individuati dal diritto positivo, ed in specie dal codice civile vigente) dall’inesistenza, che si colloca, al contrario, al confine di considerazioni strutturali del diritto da cui la normativa trae consistenza, ma che ad essa non può ridursi²⁸.

zioni non v’ha dubbio che il termine ‘nullità’ vada inteso in questa seconda accezione pandettistica. La nullità, all’interno del modello di origine pandettistica, appare come una invalidità assoluta, imprescrittibile rilevabile d’ufficio, per la constatazione della quale non è neppure necessario l’intervento del giudice; viceversa l’annullabilità si presenta come una invalidità relativa. ... Gli sviluppi neo-sistematici si sono mossi verso una critica radicale degli schemi pandettistici. Secondo la tesi prospettata da FEDELE, la teoria dell’invalidità non può trovare posto in una trattazione del negozio o del contratto, in quanto un negozio nullo non è neanche un negozio, in quanto si è di fronte all’assenza di uno degli elementi della fattispecie, per cui tale fattispecie neppure sussiste; ad es. la dottrina non parla di un possesso nullo se manca qualche elemento di tale fattispecie, e così via; non si vedrebbe, quindi, una ragione logica per derogare a proposito del negozio, venendo a parlare di un *quid* contraddittorio come sarebbe, appunto, il negozio nullo» (P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano 1984, pp. 198-199).

²⁷ «Tutto ciò vuole tornare ad affermare la necessità di distinguere tra quei concetti giuridici che sono frutto dell’opera compiuta dall’interprete nell’ordinare la normativa e questi concetti invece che attengono ad una tipologia della realtà sociale ai fini di determinare l’ambito di applicabilità di una normativa. Mentre dunque i concetti di nullità e annullabilità attengono alla disciplina legale, l’identificazione, l’esistenza dell’atto attiene a una tipologia della realtà sociale» (T. ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V libro IV del nostro codice*, in «Banca Borsa e Titoli di Credito», XVIII (1954), pp. 372-373).

²⁸ T. ASCARELLI, *Sul concetto...* cit., pp. 373-374. Specifiche considerazioni possono essere fatte, nello specifico, per il diritto processuale, dove la questione della relazione fra nullità ed inesistenza «è divenuta di notevole rilievo ... nei confronti della sentenza dato appunto che i vizi della sentenza possono tutti, in linea di principio, farsi valere solamente attraverso l’impugnativa della sentenza e pertanto solo in quanto ammissibile l’impugnativa, essendo perciò sanabili. Ma la nullità, ancorché insanabile, rimane distinta e dalla inesistenza e la distinzione si rivela in sede di interpretazione delle norme, appunto perché attiene alla differente natura dei due ordini di concetti, rispettivamente attinenti (la nullità) all’espressione della normativa e (l’inesistenza) a quella tipologia della realtà sociale che costituisce il presupposto della normativa» (T. ASCARELLI, *Ibidem*, p. 373).

Per il diritto pubblico (oltre allo studio dell'invalidità dell'atto amministrativo), invece, la problematica dell'invalidità della legge ha preso in esame soprattutto il profilo della conformità dell'atto normativo al dettato costituzionale, distinguendo nettamente il fenomeno dell'invalidità da quello dell'abrogazione²⁹.

Tutta questa costruzione – che ha impegnato a fondo la dottrina – ha, naturalmente, condizionato anche coloro che si sono cimentati con l'indagine della storia giuridica. Anche nel presente studio non si potrà fare a meno di utilizzare questa terminologia. Nello specifico si utilizzerà il termine invalidità come termine generale, indicante una generica situazione d'imperfezione della fattispecie individuata, mentre nullità ed annullabilità saranno utilizzati come contrapposti dal punto di vista dello «status» dell'atto invalido.

Per delineare più precisamente la sfera degli effetti giuridici, si utilizzeranno i termini efficacia ed inefficacia³⁰. Infatti, per ra-

²⁹ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti e il controllo giurisdizionale*, rist. Milano 1964; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I-II, Milano 1970; F. PIERANDREI, *Validità ed invalidità di leggi anteriori alla Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino 1964, II, pp. 29-38. Alcuni studi pregevoli hanno di recente indagato il fenomeno dell'invalidità nel diritto amministrativo: cfr. come esempi R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità...* cit., e A.G. DIANA, *Prescrizioni, decadenze e nullità nel diritto amministrativo*, Padova 2002. Più risalenti, invece, G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939 e ID., *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano 1940. Inoltre cfr. A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano 2007, pp. 49-74 e N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano 2007, pp. 855-873.

³⁰ Tutto ciò nella consapevolezza che non si possono appiattare realtà giuridiche lontane su concetti e termini vicini, ma che comunque, in qualche modo è necessario esprimersi, e non si può più tanto evitare di utilizzare oggi il linguaggio giuridico comunemente utilizzato. Credo che la cosa importante sia essere ben consci della relatività delle costruzioni giuridiche e dell'originalità di ogni fenomeno storico. In merito, già un autore cinquecentesco aveva acutamente notato come le fonti medievali utilizzano – spesso in modo acritico – una gran quantità di espressioni per indicare i fenomeni legati all'invalidità: «*Quid sit Nullitas, unde dicatur, ac originem traxerit, et nunquid sit odiosa, vel favorabilis. Est tamen advertendum quia nusquam reperit quod*

gioni di semplificazione, è bene tenere distinte – almeno a livello meramente concettuale – le nozioni di invalidità e di inefficacia. La prima attiene specialmente alla conformità formale e sostanziale dell'atto alle regole che costituiscono la disciplina generale o specifica degli atti giuridici. L'inefficacia, al contrario, si riferisce unicamente al dispiegarsi o meno degli effetti tipici (o non) di un atto, a causa non solo di patologia (o assenza) degli elementi essenziali del negozio, ma anche dalla presenza nel negozio di elementi accessori o accidentali (su tutti l'apposizione di condizioni)³¹.

Un'impostazione così unitaria e tendenzialmente omnicomprensiva del fenomeno, peraltro, è assente nel diritto intermedio e per di più stenta a corrispondere alle esigenze attuali di un diritto sempre più impegnato in una prospettiva sovranazionale e pluriordinamentale³²: in tal senso uno sguardo al diritto medievale, alla sua atipicità, alla sua ricchezza terminologica e alla varietà delle sue fattispecie, può soddisfare anche l'interesse del-

de iure digestorum aut C. legum conditores, hac dictione et vocabulo, nullitatis usi fuerint, sed per alia verba et elocutiones, quod actus non valeret exprimebant, ut puta nullum, irritum, inane, inutile vel nullius roboris aut momenti existere, non valere, non tenere, nullas habere vires, viribusque non subsistere, non iure, non rite, vel recte, aut male vel peperam et inefficaciter factum, infirmum esse, firmitatem non habere, et pro non iudicato, infecto, casso, irritato, nullo et non rato haberi, et similibus, prout patet infra sub rubrica quot et quibus modum nullitas proposita possit ubi iura de his loquentia adducta sunt» (S. VANZIO, *Tractatus de nullitatibus...* cit., p. 8).

³¹ Sinteticamente, G. BIANCA, *Diritto civile*, Milano 2000, III, pp. 500 ss. e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 241-265.

³² Per tutti, in linea generale, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000 e P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. 279-300. Significativa l'affermazione critica di Rodolfo Sacco, che dopo aver richiamato la tradizionale esposizione civilistica della teoria dell'invalidità, scrive: «Questo quadro ha bisogno di un esame critico. E i cinque insegnamenti ivi richiamati (connessione fra validità e attitudine a produrre effetti; rilevanza del giudizio di nullità; contrapposizione fra nullità e annullabilità, carattere più grave del vizio che causa la nullità; carattere sociale dell'interesse che è protetto mediante la sanzione della nullità) non possono superare un vaglio, se rigoroso» (R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da RODOLFO SACCO, Torino 2004, II, pp. 495-496).

l'odierno giurista³³: uno studio attento alla dimensione storica può in qualche modo giovare, infatti, al cultore delle discipline positive, così come il giurista, anche se impegnato nella ricerca storica, può proficuamente utilizzare categorie generali, poiché è proprio della dottrina indicare con la stessa terminologia realtà non del tutto sovrapponibili e costruire categorie ampie comprensive di vari e distinti fenomeni³⁴.

In questa direzione, l'utilizzazione di una terminologia elaborata specialmente in ambito privatistico dalla dottrina sulla base della tradizione romanistica e trasferita nel diritto medievale in ambienti spesso estranei alla loro origine, rende necessario, come già richiamato, l'adattamento dei concetti alle situazioni via via prese in esame³⁵.

³³ Su alcune di tali questioni, si veda P.M. PUTTI, *Nullità...* cit., pp. 673-705. La scuola pandettistica realizza, per quanto riguarda l'invalidità un organico processo di «sostantivazione», che rappresenta nella scienza giuridica un importante passo verso ogni creazione sistematica; esso si caratterizza per la tendenza ad identificare termini astratti con situazioni concrete, giungendo al risultato di ritenere i concetti giuridici come fenomeni aventi valore speculativo in sé considerati, allo stesso modo dei fatti giuridici riflettendo sui quali ed a partire dai quali i concetti stessi hanno preso forma.

³⁴ Il giurista «non deve avere troppa paura della categoria [unitaria] del contratto nullo» (R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 498): si tratta di un richiamo utile e improntato ad estremo realismo. In proposito, può essere opportuno riportare anche un'osservazione di Tullio Ascarelli: «La confusione che frequentemente corre tra categorie attinenti a una tipologia della realtà sociale e espressioni di una normativa (confusione che poi costituisce appunto il nocciolo della giurisprudenza concettuale) ha fatto sì che l'attenzione si sia scarsamente formata sull'identificazione dei vari tipi sociali in via distinta dalla normativa: forse è solo attraverso la giurisprudenza che si coglie come si venga mutando l'identificazione del tipo sociale, nell'applicazione di una normativa che, allora, pur rimanendo lessicalmente identica, muta di portata. Per la stessa ragione (e per ovvie considerazioni di certezza) può darsi che l'ordinamento giuridico sancisca direttamente l'insanabile nullità di un atto, che una ricostruzione tipologica della realtà potrebbe portare a considerare inesistente» (T. ASCARELLI, *Sul concetto...* cit., pp. 373-374).

³⁵ Sintesi puntuali in A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934 e in M. BRUTTI, *Invalidità...* cit., pp. 560-565. Con riferimento alle invalidità medievali è più corretto parlare di una pluralità d'istituti distinti che ad essa si riferiscono: ad una visione unitaria dell'istituto si giunge, infatti, solo con la riflessione della Pandettistica. Peraltro, la stessa scuola si avvale per la sua costruzione sia dello strumentario di derivazione romanistica sia delle costruzioni compiute

Si è realizzata, soprattutto nella seconda parte del secolo XIX e nella prima metà del Novecento, un'efficace integrazione fra scienza giuridica e legislazione nel campo dell'invalidità. Quest'ultima ha recepito in buona parte le risultanze delle architetture pandettistiche e ha rappresentato a sua volta la base di partenza imprescindibile della successiva analisi sull'invalidità³⁶.

La costruzione pandettistica si è sviluppata, inoltre, con un'aspirazione totalizzante, a partire dal rinnovato interesse per la categoria dogmatica unificante del negozio giuridico³⁷, fino a condizionare non solo la visione processuale, ma anche l'assetto pubblicistico e amministrativistico dell'invalidità³⁸; proprio su

dalla dottrina del tardo diritto comune (e in specie del razionalismo tedesco): si veda, per una visione d'insieme, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. U. SANTARELLI-A. FUSCO, II, Milano 1980, pp. 3-205 e P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle pandette*, Milano 1984; ID., *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano 1985.

³⁶ La disciplina positiva dell'invalidità reperibile nella codificazione italiana del 1942 risente a ben vedere anche dell'impostazione francese, fondata, com'è noto, sulla disciplina del codice civile napoleonico; cfr. per tutti M.V.H. SOLON, *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civile*, Bruxelles 1836 (trad. it. *Trattato delle nullità e delle convenzioni degli atti in materia civile*, Firenze 1839); R. DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Aix en Provence 1902 e P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris 1969, con ampia bibliografia; in effetti, la convivenza delle categorie pandettistiche e di quelle d'origine francese nel nostro ordinamento è assai problematica: cfr. P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., pp. 197-201 e R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., pp. 515-527.

³⁷ «La problematica della invalidità risale ai primi tentativi di fondazione del concetto di negozio giuridico, non oltre. Le elaborazioni dei giuristi romani non hanno valore sistematico, data la concezione analitica degli atti e delle relative 'efficacie' o 'inefficacie' seguita da quella dottrina. Non è possibile attribuire significato univoco alle innumerevoli espressioni adoperate per indicare negozi improduttivi di effetti; la stessa terminologia è riferita, infatti, in contesti diversi a fattispecie nulle o soltanto inefficaci. Pertanto l'uso specifico dei termini 'nullità', 'annullabilità', 'inesistenza', 'nullità relativa', 'inefficacia', è nient'altro se non applicazione di schemi dogmatici moderni alla fenomenologia romanistica. Il concetto di invalidità non emerge neanche nell'età di mezzo, malgrado qualche tentativo non del tutto infruttuoso. Anche se relativamente recente, o forse proprio per ciò, la figura, al pari di quella di negozio giuridico, ha ben poco di pacifico e di consolidato» (R. TOMMASINI, *Invalidità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1972, p. 575).

³⁸ Per tutti si veda A. PIRAS, *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano 1972, pp. 598-612.

tali basi si sono raggiunti importanti risultati teorici, anche se non sono mancate – e non mancano oggi – profonde divergenze dottrinali e diffuse difficoltà nel delineare un più convincente assetto complessivo dell'invalidità³⁹.

Negli ultimi decenni, infatti, il tradizionale assetto unitario ha mostrato segni di cedimento sotto la spinta delle critiche ad una forzata unitarietà di situazioni fra loro diverse e pure delle nuove istanze del diritto sovranazionale e delle nuove valutazioni empiriche, sensibili anche all'analisi economica del diritto. Per questi motivi la dottrina più accorta si sta muovendo verso nuove impostazioni e nuove soluzioni, senz'altro meno rigide di quelle tradizionali e più attente alla dimensione pratica: a tale sforzo non è estraneo neppure un recupero delle radici storiche del diritto⁴⁰.

³⁹ Forse fin troppo pessimistica – in merito – è l'asserzione del Tommasini: «La dottrina appare incerta e divisa non soltanto sulla definizione dogmatica, ma anche sull'ambito del fenomeno che comprende, in combinazioni diverse, nullità annullabilità inesistenza. A parte le divergenze di carattere esclusivamente terminologico, maggiore risonanza hanno le tesi che includono nello schema della invalidità, insieme, la nullità e l'annullabilità e quelle che, invece, escludono alternativamente l'una o l'altra, postulando scelte di vario ordine nella definizione del concetto. ... Deve [comunque] ritenersi aprioristica la negazione di ogni utilità, in sede dogmatica e pratica, alla categoria generale della invalidità» (R. TOMMASINI, *Invalidità...* cit., pp. 575-577).

⁴⁰ Recano alcuni esempi in questa direzione P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., pp. 196-203 e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006, pp. 351-397; va osservato come nell'odierna situazione del diritto: «Il fenomeno dell'integrazione contrattuale, ben collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell'esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento. Ne consegue una rifondazione del sistema delle patologie del contratto che ripropone in forme nuove i rapporti tra annullabilità e nullità, tra invalidità assolute e relative senza attribuire a ciascuna di esse il ruolo di regola o di eccezione, ma riconoscendo primariamente l'interesse sostanziale che domina la fattispecie concreta, con particolare riguardo alla parte che si propone di conseguire l'accesso al bene o al servizio, ecc. Vien meno, in tal modo, la tipicità; si consolida l'invalidità virtuale e conseguentemente il superamento della tassatività e della eccezionalità delle previsioni normative sulle invalidità, si moltiplicano nelle nullità forme di protezione che si prospettano ora come nullità parziali ora soprattutto come nullità relative» (P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 374). Si tratta di una prospettiva di grande interesse, aperta ad una 'de-costruzione' e relativizzazione dei dogmi del diritto, assai consona ad una ricostru-

In questa situazione la costruzione della categoria dell'invalidità, dei concetti ad essa collegati e della disciplina rinvenibile nella normazione positiva, costituisce un ambito di un certo rilievo – anche di discussione e di problematicità – sia per il campo privatistico sia per quello processualistico⁴¹. In ogni caso nel presente lavoro – come già accennato – si utilizzerà il termine «invalidità» come concetto generico indicante l'improduttività degli effetti giuridici o l'imperfezione delle fattispecie; i termini «nullità» e «annullabilità» stanno ad indicare, invece, concetti specifici e contrapposti fra loro, mentre il termine «inefficacia» individua specificatamente i profili legati ai mancati effetti degli atti giuridici. Il concetto di «inutilità», infine, coglie piuttosto i profili della non operatività e dell'inutilizzabilità degli atti giuridici, mentre l'«irregolarità» non costituisce ostacolo al pieno dispiegarsi degli effetti degli atti giuridici non regolari, ma pienamente validi⁴².

3. *Le invalidità processuali e la loro specialità*⁴³.

Occorre a questo punto precisare brevemente l'assetto attuale delle invalidità processuali; può essere, dunque, di un certo

zione in prospettiva storica. In proposito, restano valide ancora oggi le acute osservazioni di A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in «Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino - Parte Morale», 75, pp. 246-264.

⁴¹ Sulla specificità degli assetti dell'invalidità in campo processuale, cfr. per ora C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino 2002, pp. 440-459.

⁴² L.M.A. DI CESARE, *Luci ed ombre...* cit., pp. 1443-1447. Si può menzionare anche l'elaborazione compiuta da un folto gruppo di giuristi europei, volta a creare un nuovo codice europeo dei contratti, dove assume rilievo anche l'elaborazione dell'invalidità, che viene ad essere costruita con molto rigore, distinguendo fra inesistenza, nullità – come categoria generale e residuale – ed annullabilità (artt. 137-155 del progetto), riconducendo a ciascuna figura caratteri propri legati ad uno specifico regime d'impugnativa o accertamento e a specifici profili di efficacia: tale elaborazione risente sia della tradizione, sia delle più recenti elaborazioni dottrinali; cfr. G. GANDOLFI, *Codice europeo dei contratti*, Milano 2001, pp. 405-566.

⁴³ Per un inquadramento storico generale sulla processualciviltistica, cfr. specialmente F. CIPRIANI, *Storia di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno*

interesse riprendere alcuni concetti dell'attuale sistema e tentare di stabilire un confronto a livello di concetti e di concreto trattamento delle diverse fattispecie fra il diritto contemporaneo e l'assetto medievale, quale emerge – ad esempio – dall'opera di Guglielmo Durante, autore nella seconda metà del XIII secolo della prima (e più utilizzata) opera di sintesi del diritto processuale nell'età medievale⁴⁴.

Pur senza negare l'impostazione generale delle patologie degli atti giuridici delineata dal codice civile del 1942, le invalidità processuali assumono una veste particolare in ragione della specificità del fenomeno processuale⁴⁵. Non è questo – peraltro –

d'Italia (1866-1936), Milano 1991 e G. TARELLO, *Dottrine sul processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989. Cfr. anche E. ALLORIO, *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in «Rivista di diritto processuale civile», XV (1938), pp. 185-201; F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, con riferimento alle impugnazioni ed alle invalidità alle pp. 380-392 e 440-457.

⁴⁴ In generale cfr. P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto intermedio*, in «Rivista critica di scienze sociali», I-8/9-12 (1914), pp. 373-393, 437-471 e 501-540 (anche in ID., *Opere giuridiche*, Napoli 1979, VII, pp. 147-243); P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze 1915 (anche in ID., *Opere giuridiche*, VIII, cit., pp. 245-283); P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Storia e legislazioni*, I, Torino 1920, anche in ID., *Opere giuridiche*, VI, Napoli 1976; G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1904, pp. 131-188; A. COSTA, *La nullità della sentenza e la «querela nullitatis» nella storia del processo italiano*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 57 (1916), pp. 219-254; P. SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano 1927. Sulla processualistica, cfr. da ultimo, F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti leggende interpretazioni documenti*, Napoli 2007.

⁴⁵ «Non si deve trascurare ... il fenomeno per cui in certi settori, a motivo della particolare natura e delle particolari finalità dei rispettivi atti, la materia delle imperfezioni viene a presentare ulteriori, caratteristici, profili, meritevoli di attenta considerazione» (G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano 1955, rist. Milano 1972, p. 87). Per i riferimenti essenziali sul tema, oltre ai già citati studi di Giovanni Conso e Chiara Besso, mi riferisco, fra i molti, ai seguenti: G. BALENA, *La remissione della sentenza al primo giudice*, Napoli 1984; ID., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia*, in «Il Foro italiano», CXVI (1993), coll. 179-190; C. CECHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino 1995; V. COLESANTI, *La sentenza inesistente e gli scherzi della logica*, in «Rivista di diritto processuale», LI (1996), pp. 302-315; C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova 1989; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino 1988; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, pp. 20-

l'unico settore del diritto in cui l'invalidità assume una veste specifica: come già ricordato vanno senz'altro menzionati il settore del diritto costituzionale (ed in specie l'invalidazione delle norme a seguito di pronuncia della Corte costituzionale) e le patologie degli atti amministrativi⁴⁶.

In linea generale, le invalidità processuali si presentano come assai somiglianti alle annullabilità, poiché assumono ordinariamente la veste di invalidità sanabili⁴⁷. Tale sanabilità avviene, a seconda dei casi, o scaduto un certo termine ben delineato dalla

108. Inoltre, cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma 1956, pp. 335-355 ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova 1938, pp. 486 ss. (assai risalente, ma ancora fondamentale); ID., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in «Rivista di diritto processuale», X (1955), pp. 208-211; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956; ID., *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in «Rivista italiana di diritto penale», X (1957), pp. 602-614; ID., *Riflessioni in tema di nullità assolute*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», I (1958), pp. 238-256; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», IV (1961), pp. 680-732; G. LEONE, *La sentenza penale inesistente*, in «Rivista italiana di diritto penale», VIII (1936), pp. 19-42 e 146-168 (con frequenti richiami allo *Speculum del Durante*); G. MARTINETTO, *La nullità degli atti*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, Torino 1973. Si vedano pure V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino 1965, pp. 467 ss.; ID., *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano 1997, pp. 709-719; O. DOMINIONI, *Nullità (Diritto processuale penale)*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano 1989; in particolare gli studi di Francesco Carnelutti inaugurano una linea interpretativa ripresa non solo dai processualisti, ma tenuta in alta considerazione pure dai civilisti (cfr. C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 3-6). Da ultimo si veda N. PICARDI, *Appunti di diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione. Le impugnazioni*, con la collaborazione di F.P. NICITA, Milano 2003, pp. 97-157.

⁴⁶ G. CONSO, *Il concetto e le specie...* cit., pp. 87-100. Per i riferimenti essenziali circa la giuspubblicistica in tema di invalidità, cfr. *supra* nota 28. Spiccano, inoltre, come studi compiuti secondo un'ottica teorico-filosofica, i saggi di B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica...* cit.; F. TODESCAN, *La nozione di validità giuridica*, Vicenza 1980 e le 'voci' di A.G. CONTE, *Validità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Torino 1975, pp. 418-425 e F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano 1993, pp. 1-44.

⁴⁷ Per tutti, cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale...* cit., pp. 440-459; C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 95-156; F. AULETTA, *Nullità e inesistenza...* cit., *passim*.

legge o, ancora più in generale, con l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza, che costituisce una circostanza di sanatoria di ogni vizio (implicito o esplicito) del procedimento⁴⁸.

Il sistema delle nullità processuali presente nei vigenti codici di rito si desume dalla lettura degli artt. 156-162 c.p.c. ed artt. 177-185 c.p.p. Esso presenta delle peculiarità rispetto alla costruzione del codice civile; infatti, l'impostazione del codice di procedura civile (ripresa pure dai codici di procedura penale, sia quello del 1930 sia quello vigente del 1989) configura quale schema tipo di invalidità una sorta di nullità sanabile (annullabilità), per cui i vizi degli atti processuali civili (sentenza inclusa) si considerano sanati trascorsi i termini ordinari d'impugnativa. Non è prevista, inoltre, un'autonoma azione di nullità della sentenza, ma trova applicazione il principio dell'assorbimento della nullità nei motivi di gravame⁴⁹.

Nello specifico vanno segnalate due circostanze assai importanti proprie dello sviluppo processuale, che corroborano l'affermazione dell'avvicinamento fra invalidità processuali e invalidità sanabili (annullabilità), pur conservando le invalidità processuali alcune caratteristiche delle nullità in senso stretto: su tutte l'operatività *ex tunc* e non *ex nunc* della pronuncia giudiziale di annullamento.

Anzitutto, bisogna riferirsi al principio secondo cui l'invalidità di un atto processuale (ovviamente con esclusione della sentenza) non può essere mai fatta valere se l'atto stesso ha rag-

⁴⁸ G. CONSO, *Il concetto e le specie...* cit., pp. 87-100.

⁴⁹ Ottime visioni di sintesi, pure in prospettiva storica, in P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere Giuridiche*, VIII, Napoli 1979, pp. 245-284 (già edito come pubblicazione autonoma a Firenze nel 1915) e ID., *La Cassazione civile...* cit.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova 1973 (quest'ultimo mette in guardia – con un'approfondita indagine teorica e storica – dal non intendere quali sinonimi i concetti di gravame e di impugnazione, che differiscono per parecchi profili, pur avendo innumerevoli punti di contatto, in specie pp. 9-20) ed A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle Discipline privatistiche-Sezione civile*, XVIII, Torino 1998, pp. 236-295 (con ampia ed aggiornata bibliografia alle pp. 236-239).

giunto il suo scopo (art. 156, II comma, c.p.c.)⁵⁰. Uno spiccato finalismo, giustificato sia da ragioni di natura equitativa sia di «economia» processuale, denota pertanto l'ordinamento del processo (in specie civile), consentendo una generale salvezza degli atti giuridici che in sé strettamente considerati potrebbero dare luogo a reclamo per causa d'invalidità⁵¹. Va da sé che in questa logica la pronuncia della nullità compiuta dal giudice costituisce circostanza costitutiva della stessa invalidità, in mancanza della quale l'atto processuale produce ugualmente i suoi effetti⁵².

In secondo luogo va menzionato il principio oggi importantissimo dell'assorbimento delle cause di nullità nei motivi di gravame, per cui tutte le invalidità si sanano oggi con il passaggio in giudicato⁵³. Tale principio, frutto di un lungo e travagliato sviluppo storico a partire proprio dalle elaborazioni della dottrina intermedia, rappresenta nell'attuale sistema processuale un caposaldo di una concezione d'invalidità processuale intesa come motivo ordinario d'impugnazione, sottoposto agli stessi termini preclusivi e di decadenza di tutti gli altri motivi di ricorso⁵⁴.

⁵⁰ Specificamente, E. FAZZALARI, *In tema di sanatoria dell'atto processuale per raggiungimento dello scopo*, in «Giurisprudenza completa Cassazione civile», II (1946), pp. 169 ss.

⁵¹ E. REDENTI, *Atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano 1959, pp. 105-140; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale ... cit.*, pp. 440-459 e V. CARNEVALE, *La nullità dell'atto di citazione nel processo societario*, in «Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa», *www.judicium.it* (2007).

⁵² Va notato che «si tratta di una pronuncia che, da un lato, come quella di annullamento, è essenziale per l'inefficacia dell'atto, mentre, dall'altro lato, dichiara che l'atto non ha mai avuto efficacia, come è proprio della dichiarazione di nullità» (C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale... cit.*, p. 400).

⁵³ Art. 161 del nostro codice di procedura civile: «La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione»: cfr. C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano 1967 e C. TAORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione della sentenza*, Milano 1990.

⁵⁴ P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Opere giuridiche*, cit., pp. 515-529 (già in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna 1953); ID., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, pp. 245-283; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili... cit.*, pp. 38-94.

La dottrina ha poi elaborato, a partire da questi dati normativi, una nozione d'inesistenza della sentenza per qualificare le situazioni di vizio gravissimo della decisione capaci di superare la preclusione rappresentata dal giudicato: la nozione di inesistenza costituisce un'importante eccezione all'ordinario principio della conversione delle nullità in motivi di gravame e alla loro generale sanabilità⁵⁵.

Queste brevi indicazioni possono risultare di una certa utilità per avviare la ricostruzione delle invalidità della sentenza nella storia giuridica medievale, dove si potrà vedere, da un lato, la genesi remota di alcuni aspetti ed istituti che ancor oggi caratterizzano il trattamento delle patologie degli atti processuali e, dall'altro, apprezzare le differenze di concezione e di soluzioni che distinguono l'*ordo* romano-canonico dal processo attuale⁵⁶.

⁵⁵ Per tutti, C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 157-388 ed A. TORRENTE, *Inesistenza e nullità della sentenza*, cit., pp. 389-401.

⁵⁶ Il termine *ordo* appare preferibile rispetto a quello di *processus*. Il primo, infatti, fa riferimento ad un tipo di giustizia inserita in un ordine giuridico caratterizzato da una molteplicità di giurisdizioni senza la presenza di un'autorità determinate e dirigente il sistema della giustizia, quale sarà invece lo stato moderno; questo otterrà a poco a poco il monopolio della giustizia (per tutti, G.S. PENE VIDARI, *Un problema sempre aperto: giustizia e giudici dal passato al presente*, in «Quaderni dell'Accademia delle Scienze di Torino», 10 (2002), pp. 55-65). Il complesso degli ordinamenti di giustizia in tale seconda situazione viene indicato come *processus*: cfr. A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano 1988, pp. 518-579 e N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 199-231. Occorre ancora precisare che la dottrina civilistica e quella canonistica utilizzarono – soprattutto nel secolo XII – due espressioni diverse (e non del tutto identiche nel significato giuridico) per indicare il sistema della procedura: *ordo iudiciorum* (espressione civilistica) ed *ordo iudiciarius* (espressione canonistica); cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Louvain 1994, pp. 16-35 e A.M. STICKLER, *Ordines iudicarii*, in *Dictionnaire de droit canonique*, XVI, Paris 1957, coll. 1132-1143. Utili richiami ed importanti osservazioni in I. SOFFIETTI, *Sulla storia dei principi dell'oralità, del contraddittorio e della pubblicità nel procedimento penale. Il periodo della Restaurazione nel Regno di Sardegna*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XLIV-XLV (1971-1972), pp. 125-130; cfr. pure G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel tractatus de maleficus di Angelo Gambiglioni*, Padova 1976.

Infine si può ancora notare come l'invalidità assuma anche nell'ambito del processo amministrativo caratteristiche assai diverse dalla costruzione sostanziale civilistica, venendo ad essere per lo più ricompresa entro l'orizzonte dell'impugnabilità ed assumendo la stessa invalidità la veste sanabile dell'annullabilità: è l'ambito in cui la considerazione dell'invalidità acquista una dimensione non soltanto legata – per così dire – alla 'statica' degli atti, ma si proietta nell'ambito di una considerazione dinamica degli stessi⁵⁷.

Allo studio delle fonti del diritto comune è anteposta una sintetica ricostruzione delle radici culturali e concettuali dell'odierno assetto dell'invalidità nei grandi modelli di riferimento della Pandettistica tedesca e del codice napoleonico, seguita da alcune considerazioni sul diritto romano, che possono aiutare ad inquadrare le cornici di riferimento complessive di un discorso più specifico, quale quello compiuto sulle invalidità della sentenza nell'epoca medievale.

4. *I modelli di riferimento della dottrina e della storiografia: l'orizzonte concettuale dell'invalidità.*

Lo studio dei modelli di riferimento della riflessione dottrinale e dell'analisi giurisprudenziale in tema d'invalidità costituisce un campo d'indagine assai vasto e non esauribile in poche osservazioni; pare peraltro utile offrire qualche indicazione, per evidenziare a grandi linee i punti essenziali che hanno condizionato (ed in parte ancora condizionano) gli studi e la legislazione

⁵⁷ Importante in proposito è l'art. 156 comma 3 del c.p.c. che sancisce la piena efficacia degli atti – anche se affetti da vizio – che abbiano ottenuto lo scopo processuale loro proprio: per tutti, cfr. C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Enrico Redenti...* cit., I, pp. 417-465. Per la considerazione della dimensione dinamica della vita degli atti giuridici, utile per comprendere le delicate sfumature dei concetti relativi all'invalidità, cfr., fra i molti, R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale*, Torino 1947, pp. 399-433.

sull'invalidità nel corso del secolo appena concluso⁵⁸. Nel contesto attuale – peraltro – tale ‘modellistica’ mostra i suoi limiti in un ambiente giuridico caratterizzato dalla complessità e dall’apertura delle frontiere⁵⁹. Resta, peraltro, ferma l’opportunità di delineare in sintesi le due principali linee ricostruttive del diritto europeo continentale: quella francese e quella pandettistica tedesca⁶⁰. La tradizione francese e quella tedesca, infatti, si presentano con terminologie e concetti diversi, che hanno, però, largamente condizionato non solo il diritto italiano vigente, ma anche i tentativi di ricostruzione storica operati su aspetti specifici del tema in questione⁶¹. Inoltre, la terminologia moderna (sia di derivazione francese che di derivazione germanica) ha influenzato largamente l’attuale sistema delle invalidità vigente nell’ordinamento italiano.

⁵⁸ Utilizza la nozione di «modello» con riferimento alle prospettive di sviluppo del diritto europeo, P. GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in «Rivista di diritto civile», XLII (1996), pp. 281-286.

⁵⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità...* cit., pp. 351-376 e A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in «I Contratti. Rivista di dottrina e giurisprudenza» (2/2003), pp. 200-205.

⁶⁰ Anche sui rapporti con la scienza giuridica italiana si vedano: L. MOSCATI, *Italienische Reisen. Savigny e la cultura giuridica italiana*, Roma 2000 e di S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoleon*, Milano 1998.

⁶¹ Con la precisazione che nel diritto moderno sono nette le divisioni fra i diversi ambiti del diritto, mentre nel diritto medievale i confini sono assai più labili: P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986, pp. 660-687. Lo afferma anche Attilio Guarneri: «Caratteristica di questa dottrina è l'estensione di tale azione anche agli atti giuridici extraprocessuali e lo studio contemporaneo e parallelo della nullità della sentenza e di quella dei contratti come manifestazioni diverse dello stesso istituto. La cosa non deve stupire: non dimentichiamo, infatti, che allora non vi era un distacco netto tra sentenza e negozi privati, in quanto istituti come la confessione, il giuramento, la transazione giudiziale, ecc. sono considerati come sostitutivi del giudizio. L'estensione della predetta impugnazione della sentenza ad atti di carattere più strettamente privatistico è conseguenza quanto mai naturale e prevedibile della premessa di cui sopra» (A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., p. 50). In questo senso, nel diritto medievale, sia nella riflessione dottrinale sia nella legislazione statutaria, si possono trovare, ad esempio, molte fattispecie d'invalidità nell'ambito del processo così come nell'ambito dell'applicazione 'amministrativa' delle norme statutarie.

5. *La tradizione francese.*

La tradizione francese affonda le sue radici nel peculiare sviluppo medievale del suo diritto e nell'originale adattamento della tradizione romanistica. Già la dottrina giuridica oltremontana del diritto comune offre punti di discordanza dalla dottrina della glossa e del commento in alcune delle materie legate all'invalidità. Come esempio in campo processuale si può citare il contrasto intorno alla natura del giudicato ed intorno ai mezzi di impugnativa della sentenza viziata, fra i quali si inserisce nell'analisi dei commentatori la *querela nullitatis*⁶².

In materia d'invalidità sostanziale è possibile, invece, ricostruire alcuni capisaldi della nozione di nullità intorno alla distinzione fra nullità di pieno diritto e nullità relative (o annullabilità-rescissione). Si crea, infatti, fin dal medioevo, la confusione fra nullità di pieno diritto e rescissione o annullabilità, riferite queste ultime a quei casi in cui il diritto romano utilizzava le azioni di restituzione *in integrum*, le azioni di dolo, o altri rimedi di origine pretoria, le prime, invece, a quei casi in cui il diritto romano stabiliva la nullità *ipso iure* (inesistenza) secondo lo *ius civile*. In entrambi i casi, è necessaria, oltre all'autorizzazione regia, anche la pronuncia giudiziale con funzione costitutiva della nullità, da cui la considerazione radicata nella dottrina che nel diritto francese non esistano propriamente «nullità assolute». Le uniche nullità che potevano essere fatte valere direttamente di fronte al giudice (ma la pronuncia giudiziale era pur sempre necessaria) erano quelle esperibili quando fosse stata violata una prescrizione contenuta nelle ordinanze regie o nel diritto consuetudinario di origine germanica⁶³.

⁶² È proprio dei giuristi della Scuola di Orléans considerare l'esecutività immediata della sentenza, laddove la dottrina italiana segue invece l'opinione opposta di considerare la sentenza esecutiva solo in mancanza di una tempestiva impugnazione; traggio l'esempio dallo studio del Pugliese in materia di «giudicato»; in particolare cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano 1969, pp. 757-784.

⁶³ Ricostruzione puntuale in R. DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités*, cit., *passim*.

La necessità delle «lettres de rescission» risale al periodo medievale, cioè alle ordinanze di Filippo il Bello prima e di Carlo VI poi, che dal 1389 stabiliscono in dieci anni un'unica prescrizione per tutte le azioni di nullità. L'ordinanza di Luigi XII del 1512 ribadisce tale termine decennale di prescrizione, consolidando un sistema che durerà fino alla Rivoluzione francese. Tali «lettres de rescission» venivano concesse dalla Cancelleria regia in un primo tempo sulla base di un effettivo esame del caso concreto, in seguito senza alcuna indagine, ma semplicemente dietro il pagamento di una somma di denaro. Il sistema durò fino al 1790, quando la legge abolitiva delle Cancellerie sopprimerà, di conseguenza, anche le «lettres de rescission». Una tradizione giuridica si era comunque ormai consolidata e le conseguenze si sentiranno anche nel periodo successivo. Anche nel codice civile del 1804 permane in Francia una certa indistinzione concettuale fra nullità ed annullabilità, essendo fondate entrambe sulla pronuncia giudiziale, con valore in qualche modo costitutivo⁶⁴. Nullità ed annullabilità (o, come spesso si dice in Francia, nullità assoluta/nullità relativa, oppure nullità propriamente detta/annullabilità) si distinguono in modo non così netto. La lettera del *Code Napoleon*, da questo punto di vista è significativa, limitandosi a prevedere nell'art. 1108, in via generale, un criterio di discriminazione fra esistenza e nullità contrattuale, nullità che fonda per tutti i casi la possibilità di esperire un'azione di annullamento o di rescissione per via giudiziale, in perfetta sintonia, dunque, con lo spirito della tradizione che stenta a distinguere concettualmente fra nullità ed annullabilità⁶⁵.

La dottrina ha operato, perciò, fin dal secolo scorso frequenti riflessioni e tentativi di operare una serie di distinzioni si-

⁶⁴ È questo un tema su cui ha portato più volte l'attenzione nei suoi scritti Rodolfo Sacco, nell'ambito della ricostruzione del modello contrattuale di derivazione francese in prospettiva comparatistica: cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992, pp. 217-234 e R. SACCO-A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino 2002, pp. 309-310.

⁶⁵ Cfr. l'ottima sintesi di M.V.H. SOLON, *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civile*, cit., *passim*.

stematiche, giungendo anche a risultati pregevoli⁶⁶. Prevale comunque sempre il peso della radicata tradizione giuridica, tanto che nel celebre «Commentario Dalloz» si può leggere:

«Quoiqu'il n'y ait pas, à proprement parler, de nullité de *plein droit*, toute nullité devant être prononcée par jugement, cependant il y a des cas où par cela seul qu'un acte est nul, il ne produit aucun effet juridique, sans qu'il soit nécessaire de la faire annuler ou rescinder en justice. Dans ce cas, ce n'est pas l'action en nullité qui compète à celui qui veut se prévaloir de l'inexistence juridique d'un pareil acte; une telle action qui tend à faire déclarer la nullité, à faire cesser les effets de cet acte, est complètement inutile»⁶⁷.

Al pensiero giuridico tradizionale francese reca un contributo innovatore l'opera di Japiot⁶⁸, che – dopo aver passato analiticamente in rassegna l'eredità del diritto romano e le tendenze dominanti nell'ambito del diritto francese – propone un'impostazione nuova ed originale in tema di nullità. Per Japiot la nullità non si pone come un attributo negativo proprio dell'atto giuridico, ma come una sanzione comminata dall'ordinamento, che reagisce ogni volta che siano stati violati determinati comandi o obblighi. Lo scopo della nullità è quello di assicurare all'interno dell'ordinamento l'osservanza delle regole, di cui la nullità stessa costituisce la sanzione⁶⁹. Naturalmente, la sanzione deve essere

⁶⁶ Sinteticamente cfr. C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 59-66.

⁶⁷ D. DALLOZ-A. DALLOZ, *Obligations*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, XXXIII, Paris 1860, p. 638.

⁶⁸ R. JAPIOT, *Des nullités en matière des acts juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris 1909, *passim*.

⁶⁹ La formulazione è qui riportata in modo generico e non è possibile discuterne la portata. Può essere interessante notare che una chiave ermeneutica di questo genere è quella utilizzata da Ugo Nicolini per qualificare le nullità degli atti compiuti dai funzionari dei comuni medievali. Nel volume sul principio di legalità – come già ricordato – il Nicolini individua una serie di atti (sentenze, delibere, atti esecutivi) considerati nulli dagli statuti comunali per violazione degli stessi. Alla sanzione di nullità si accompagnano spesso sanzioni pecuniarie atte a rafforzare il precetto statutario: in merito, U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955, pp. 107-29 e pp. 337-366.

proporzionale allo scopo che si intende conseguire (non tutte le violazioni di comandi, infatti, sono sanzionate con la nullità). Nel pensiero di Japiot la nullità non viene considerata come un dato giuridico avente valore autonomo nè come un modo d'essere dell'atto giuridico⁷⁰, ma si traduce nell'esistenza di una precisa prerogativa in capo al soggetto di agire in giudizio per opporsi ad un stato di cose non conforme agli obblighi imposti dall'ordinamento giuridico. Da questo punto di vista non ha senso graduare le diverse nullità (per esempio distinguendo fra atti nulli *ab origine* ed atti annullabili provvisoriamente efficaci). I vizi che inficiano l'atto e comportano violazione dell'ordinamento sono diversi nella forma e nell'oggettiva gravità, ma non è possibile rintracciare concettualmente delle differenze sostanziali fra loro. Le numerose invalidità previste dall'ordinamento sono, dal punto di vista della loro natura giuridica, pressoché tutte equivalenti. Lo scopo della nullità (garanzia dell'osservanza delle regole giuridiche) fa discendere che legittimati ad agire vengano considerati, a seconda dei casi, quei soggetti – e solo quelli – a tutela dei quali la norma giuridica è posta⁷¹.

Anche l'evoluzione delle invalidità squisitamente processuali subisce – dall'epoca medievale – una significativa evoluzione a partire dall'antico regime, in cui si afferma con l'*Ordonnance civil* del 1667 il principio generale secondo cui nel processo si considerano soltanto le nullità espressamente previste: «Pas de nullité sans texte»⁷². Tale impostazione, ripresa anche da Pothier⁷³, ispira

⁷⁰ La comprensione di tale antinomia costituisce oggetto precipuo dell'analisi compiuta dal saggio già citato di Biagio De Giovanni, che conclude col preferire la prima opzione. Cfr. B. DE GIOVANNI, *La nullità...* cit., per le conclusioni pp. 90-100.

⁷¹ Per una valutazione dell'opera di Japiot in riferimento alla dottrina francese maggioritaria e per un'ampia bibliografia, cfr. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, cit., *passim*.

⁷² Cfr. C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 55-59.

⁷³ Nello specifico, egli individua quattro categorie di sentenze nulle, in relazione al contenuto, ai soggetti verso cui è pronunciata, rispetto al giudice che l'ha emessa o a causa di *errores in procedendo*. Come si può vedere si tratta di una sintesi della tradizionale impostazione presente nelle opere processualistiche del diritto comune: cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Ouvres de Pothier*, I, Bruxelles 1831, pp. 260 ss.

anche il Codice di rito del 1806, dove viene ribadito il principio della testualità delle nullità procedurali (artt. 1029-1030), nel contesto di un sistema generale che viene a sussumere nell'ambito dell'appello anche i motivi di invalidità (sanabili), lasciando al rimedio straordinario della *requête* le nullità insanabili⁷⁴.

6. *L'impostazione pandettistica.*

Alla Pandettistica è riconosciuto il merito di avere costruito (quasi inventato), da un punto di vista dogmatico, la categoria dell'invalidità nell'ambito della sua costruzione sistematica della teoria civilistica del negozio giuridico⁷⁵. Tale «invenzione» avviene, a grandi linee, attraverso due operazioni logiche e concettuali: anzitutto creando, a partire dalle concrete situazioni giuridiche indicate dalle fonti con gli aggettivi «nullo», «invalido», «inefficace», i corrispondenti concetti astratti di «nullità», «invalidità», «inefficacia» e così via.

In secondo luogo, la Pandettistica distingue ed ordina, qualificandoli e mettendoli in relazione tra loro con precisione assoluta, concetti generali ed astratti. Il tutto appoggiandosi alle fonti romane. Esemplificando e semplificando, si possono cogliere tali passaggi a partire già dal fondatore della Scuola storica⁷⁶. Nel-

⁷⁴ Offre un quadro preciso dell'evoluzione dei rimedi processuali in Francia, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile...* cit., pp. 249-428.

⁷⁵ Per inquadrare i caratteri della Pandettistica si rinvia allo studio di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato...* cit., II, pp. 3-205; inoltre, cfr. P. CAPPELLINI, *Sistema iuris...* cit., *passim*. Per l'influsso della Scuola pandettistica in Italia si veda ora anche P. GROSSI, *Scienza giuridica...* cit., pp. 8-12 e pp. 39-66.

⁷⁶ Di rilevante interesse è il contributo offerto dal Savigny teorico e sistematico del diritto (cfr. M. BRUTTI, *L'invalidità...* cit., pp. 560-565 ed A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934). Per l'influsso dell'opera di Savigny in Italia occorre riferirsi soprattutto ai lavori di Laura Moscati. In particolare L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma 1984; EAD, *L'interpretazione della Geschichte di Savigny nella scienza giuridica preunitaria*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXVIII (1995), pp. 91-106 ed EAD, *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma 2000.

l'opera di Savigny, infatti, si parla di «invalidità» e delle sue specie nell'ambito della trattazione intorno agli atti giuridici ed alla teoria del negozio giuridico. Come sarà poi anche in Windscheid, Savigny costruisce l'invalidità e le sue specie anzitutto distinguendo concettualmente l'invalidità dall'inefficacia. L'invalidità di un atto giuridico sta a monte dell'inefficacia e costituisce l'ostacolo al dispiegarsi dei suoi propri effetti. Nell'ambito dell'invalidità si danno tre contrapposizioni (completa/incompleta; certa/incerta; contemporanea/non contemporanea al fatto la cui efficacia è invalidata). Nella prima dicotomia il Savigny costruisce la *magna divisio* fra nullità ed oppugnabilità (annullabilità):

«Mentre che la nullità del rapporto giuridico consiste nella semplice negazione di esso, noi dobbiamo riconoscere nell'oppugnabilità sempre un diritto nuovo e di opposta efficacia proprio di un'altra persona. Questo diritto di opposta efficacia ha una natura indipendente, e perciò può avere anche particolari destini»⁷⁷.

Nell'ambito della seconda dicotomia il giurista tedesco precisa che:

«Realmente però non è necessario, nè possibile, che ciò, che è nullo senz'altro e quindi non esiste, si annulli solo mediante un'azione... In tutti questi casi non esiste alcunché di giuridicamente valido, non è necessaria un'azione per dissipare una vana parvenza, e non vi è alcun bisogno della volontà o dell'attività di una persona per ciò esposta a rischio»⁷⁸.

Corollario di tale affermazione è l'inutilità di un'azione di nullità di mero accertamento, essendo – se del caso – sufficiente l'ordinaria azione del contratto, per cui «la nullità sarà soltanto considerata come una ragione, che deve influire sull'effetto di tale azione»⁷⁹. Ancora, con grande chiarezza logica lo stesso Savigny precisa che le cause della nullità sono di duplice natura:

⁷⁷ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a c. V. SCIALOJA, Torino 1889, IV, p. 612.

⁷⁸ F.C. SAVIGNY, *Sistema...* cit., IV, pp. 614-15.

⁷⁹ F.C. SAVIGNY, *Sistema...* cit., IV, p. 625.

«Possono cioè consistere in primo luogo nella mancanza delle condizioni necessarie, vale a dire o delle qualità personali richieste o della essenza del negozio, alla quale specialmente si riferiscono l'esistenza della volontà e la forma prescritta. In secondo luogo però esse possono anche essere contenute in una legge positiva, nella quale sia proibito»⁸⁰.

Proseguendo, vengono poi precisati i concetti di convalida (convalescenza) e di ratifica di un negozio giuridico nullo, ammettendo generalmente la prima solo per i negozi giuridici annullabili (e non per quelli nulli) e considerando la seconda alla stregua di un nuovo contratto che «racchiude in sé anche tutti gli effetti del tempo intermedio»⁸¹. Il quadro, pur nella sua sinteticità, è abbastanza chiaro: nell'ambito dell'invalidità (che si distingue concettualmente ed in modo netto dall'inefficacia) si contrappongono una nullità – insanabile – ed una oppugnabilità (annullabilità) in cui rientrano varie figure indicate nelle fonti come *restitutio*, rescissione, ecc. (caratterizzate dall'attributo della relatività rispetto ai soggetti titolari del diritto).

Evidentemente, con una considerazione che vale per tutte le trattazioni moderne in tema d'invalidità, la costruzione della dottrina si riferisce sempre e soltanto al diritto privato, ed al negozio giuridico in particolare⁸². Manca del tutto un riferimento, ad esempio, all'invalidità della legge (o della norma giuridica)⁸³, presente, invece, nella riflessione condotta dalla dottrina del diritto comune⁸⁴.

⁸⁰ F.C. SAVIGNY, *Sistema...* cit., IV, pp. 625-26.

⁸¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema...* cit., IV, p. 636.

⁸² Interessante l'osservazione di Carlo Esposito, che riflettendo sulle «incertezze dottrinali sul concetto di invalidità», afferma: «Comunque, almeno i concetti generali di inesistenza, nullità, annullabilità, validità, sono di tal natura che, se in un campo solo di diritto fossero esattamente determinati, varrebbero in tutti» (C. ESPOSITO, *La validità...* cit., p. 232). In tal senso si giustifica lo sforzo di costruzione pandettistica orientato al diritto privato, ma anche la loro raffinata costruzione non è – comunque – priva di punti di debolezza (cfr. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, cit., pp. 293-297).

⁸³ È probabile che lo considerassero un discorso «impuro» rispetto ai concetti che stavano elaborando.

⁸⁴ Si può cogliere, pur con una certa approssimazione, tale differenza nella diversa concezione della norma nell'esperienza giuridica medievale rispetto a quella mo-

Paradigma di tutta l'analisi pandettistica in tema di invalidità è, senz'altro, la trattazione dedicata da Bernhard Windscheid all'invalidità dei negozi giuridici⁸⁵. Essa offre un quadro sintetico ed originale della materia, che si distingue per la chiarezza concettuale e la precisione terminologica, tale da formare la migliore rappresentazione di quel «modello» pandettistico che molto ha influenzato gli studiosi (anche storici del diritto) di argomenti connessi all'invalidità. Proprio per la sua semplicità e chiarezza il modello tedesco (soprattutto nella formulazione che ne dà Windscheid) viene oggi comunemente utilizzato.

Anche Windscheid, come già Savigny – di cui è discepolo, ma critico – riferisce la teoria dell'invalidità nell'ambito dello studio del negozio giuridico. Per la precisione, Windscheid attribuisce al sostantivo «negozio giuridico» tutta una serie di caratteristici predicati (valido, invalido, efficace, inefficace...) ⁸⁶ facendo poi derivare da ciascuno di essi un corrispondente sostantivo astratto, a sua volta centro di imputazione di nuove categorie e di nuovi predicati⁸⁷.

derna. In breve: «*Lex* è sostanza più che forma, ed è nozione relativa (cioè relativizzata) perché tutta sostanziale. L'opposto di quanto si è operato nella cultura politico giuridica moderna dove la nozione di legge è invece rigidissima perché formale. A questa cultura non interessano primariamente i contenuti della legge. La legge si tipicizza come atto d'imperio, è cioè essenzialmente la manifestazione di volontà dell'investito del massimo potere politico, per cui ciò che conta è soltanto l'organo che la produce perché è l'organo che soprattutto conferisce a una certa regola la qualità di legge. Assai diversamente nella nostra cultura medievale, dove poco importa chi la produce, mentre importa assai di più che cosa una regola debba sostanzialmente essere per assurgere a *lex*, e cioè importano i suoi contenuti» (P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., p. 136). Riflette una simile concezione 'moderna' della legge – ad esempio – F. MODUGNO, *L'invalidità...* cit., *passim*.

⁸⁵ Sull'opera di Windscheid, cfr. specificamente F. WIEACKER, *Storia del diritto privato...* cit., II, pp. 144-162.

⁸⁶ M. BRUTTI, *Invalidità...* cit., pp. 560-565.

⁸⁷ Si tratta di un classico processo di sostantivazione, che rappresenta nell'ambito della scienza giuridica un passo importante di ogni creazione sistematica. Esso si caratterizza con la tendenza ad identificare termini astratti con situazioni concrete, giungendo al risultato di considerare i concetti giuridici come entità reali, alla stessa stregua dei fatti riflettendo sui quali i concetti hanno preso corpo; si tratta di un percorso di lunghissimo periodo i cui primi frutti si intravedono a partire dal tardo diritto

La proposizione fondamentale distingue in prima istanza fra invalidità ed inefficacia, ed in secondo luogo, all'interno dell'invalidità contrappone le due distinte ed opposte categorie di nullità ed invalidità⁸⁸. I caratteri distintivi fra nullità ed annullabilità

comune. Esemplificativamente un passo che evidenzia la sottile elaborazione dei concetti del diritto comune maturo ed il lento emergere di qualche concetto generale ed astratto: «Occorrono ancora... frequentemente le controversie sopra l'annullazione, ovvero la rescissione o la risoluzione del contratto, e questi sono termini diversi, al che conviene avvertire per li diversi effetti, che respittivamente da essi nascono; sicché altro è il caso della nullità, altro quello della rescissione, e altro quello della risoluzione» (G.B. DE LUCA, *Istituta civile divisa in quattro libri con l'ordine de' titoli di quella di Giustiniano*, Colonia 1752, III-24-21/22).

⁸⁸ «Il concetto di invalidità (Ungültigkeit) fu già indicato genericamente. Invalido è quel negozio giuridico, il quale, poiché non risponde a tutti i requisiti di diritto, non vale per il diritto. Ossia quello al quale il diritto non accorda la forza di produrre quella conformazione dei rapporti, cui esso intende. Il concetto della invalidità quindi è più ristretto di quello della inefficacia; un negozio giuridico può essere inefficace, anche senza che da suo difetto risulti paralizzata la sua potenza [Così quando venga a mancare la condizione che gli è apposta. Il negozio giuridico qui risponde a tutti i requisiti del diritto; se esso non opera, la ragione non istà nel non potere, ma nel non volere].

Nel concetto dell'invalidità vi sono contrapposti.

1. Il contrapposto di gran lunga più importante fra questi è quello, in genere del pari già spiegato, fra nullità ed annullabilità. O cioè un negozio giuridico è invalido in guisa, che non produce punto l'effetto giuridico cui mira, proprio come se mai fosse stato concluso; un tale negozio giuridico si dice nullo. Od un negozio giuridico è invalido in guisa, che genera bensì l'effetto giuridico a cui mira, ma questo si appalesa inetto a produrre od a conservare quello stato di fatto che gli corrisponde. Ciò può ancora concepirsi in due modi. O così, che l'effetto di diritto sorto dal negozio giuridico sia intrinsecamente impotente, o così, che possa richiedersene la rimozione. Si verifica il primo caso quando la ragione prodotta dal negozio giuridico è affetta da una eccezione, di modo che essa non può tradursi in atto contro la volontà di colui verso cui è fondata. Nel secondo caso ha ancora luogo la distinzione, che la rimozione ha da accadere vuoi per opera del giudice, vuoi anche mediante l'attività di colui a favore del quale l'effetto giuridico si è verificato o sussiste attualmente; si può pure immaginare, che essa possa realizzarsi per via di una semplice volontà di colui, che si trova gravato dall'effetto giuridico verificatosi. Quindi, ogni qualvolta il negozio giuridico non sia nullo è necessaria una reazione contro di esso, per escludere la sua efficacia, mentre una tale reazione per i negozi giuridici nulli, non solo non è necessaria, ma neppure è mai concepibile. E questa reazione deve partire da determinate persone, mentre ognuno può invocare la nullità. Per quest'ultima ragione la invalidità, che non è nullità, si chiama pure invalidità relativa (la nullità stessa assoluta). Attualmente è più comune il termine già indicato annullabilità (Anfechtbarkeit).

2. Un altro contrapposto della invalidità è, che essa o è decisa o è indecisa. ...

che emergono dal lungo passo citato sono, dunque, tre: assolutezza o relatività del vizio/ sanabilità o meno del vizio/ necessità o meno della pronuncia giudiziale. Secondo la rigida impostazione pandettistica se in una fattispecie si individua con certezza la presenza di uno solo dei tre caratteri, gli altri si presumono presenti⁸⁹; ciò semplifica senz'altro il quadro teorico, ma tende, talvolta, a forzare la realtà entro schemi rigidi e prefissati.

In un'analisi storica, poi, le fonti, si presentano ricche di casi in cui i caratteri distintivi tendono a mescolarsi variamente; per procedere ad una certa classificazione risulta necessario, per non dovere abbandonare tale chiara terminologia, precisare per le concrete fattispecie quali siano i caratteri distintivi prevalenti. Ai concetti di sanatoria, convalida e ratifica, Windscheid dedica ancora parecchie riflessioni, fino a trattare il tema dell'influenza della dichiarazione rafforzata con giuramento sull'invalidità⁹⁰.

Ciò che qui premeva far emergere comunque non era certamente un'analisi dettagliata dell'opera di Windscheid, di Savigny o dei maestri francesi in materia di invalidità, ma mostrare alcune linee di fondo, che hanno rappresentato un condizionamento forte sulla dottrina italiana ed hanno costituito schemi di riferimento per quegli studiosi che hanno preso in esame aspetti del tema dell'invalidità nel diritto comune.

3. La invalidità può essere originaria o susseguente. ...

4. La invalidità si riferisce od a tutta l'estensione di ciò che è voluto in un negozio giuridico, o solo ad una sua parte» (B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...* cit., I, pp. 264-272).

⁸⁹ Si veda al proposito R. CARANTA, *L'inesistenza...* cit., pp. 49-52.

⁹⁰ È questo un tema molto importante, che aveva trovato cittadinanza anche nella dottrina medievale, soprattutto in ordine ai giuramenti prestati dai minori. Del dibattito sorto nella dottrina medievale dopo l'emanazione della costituzione imperiale «Sacramenta puberum» di Federico I, si può leggere qualche accenno in L. SORRENTI, *L'Autentica 'Sacramenta puberum' nell'esegesi dei dottori bolognesi del Duecento: Guizzardino e Iacopo Baldovini*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 2 (1991), pp. 69-121. Si veda anche E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano 1962, I, pp. 27-30. Spunti interessanti anche in A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in «Nouvelle Revue historique de droit français et étranger», XII (1888), pp. 249-277 e 311-352, con riferimento, oltre al pensiero canonistico, anche alla dottrina di Bartolo.

Per completezza, occorre rilevare che già negli ultimi decenni del secolo XIX (e quindi ben prima della realizzazione del BGB) l'impostazione pandettistica venne sottoposta ad una critica serrata, anche con riferimento alle risultanze degli assetti negoziali e delle corrispondenti patologie⁹¹. Più recentemente, l'analisi delle tradizionali linee metodologiche e delle relative posizioni critiche, ha condotto (specialmente negli ultimi decenni del XX secolo) ad una 'scomposizione' dei modelli descrittivi di riferimento delle invalidità, che Rodolfo Sacco ha sintetizzato in una triplice opzione: quella razionale, quella normativa (normativistica) e quella neosistemica⁹². Si può perciò utilmente parlare oggi, più che di rigidi 'modelli', di un «arcipelago delle cause di nullità», in cui l'impostazione rigorosamente teorica e giuspositivistica dell'invalidità si dissolve in una pluralità di fattispecie e di situazioni caratterizzate da una spiccata informalità ed elasticità⁹³.

Per quanto riguarda, invece, la materia processuale la Pandettistica ha rappresentato il punto culminante di un'evoluzione assai complessa, che ha seguito – a partire dal secolo XV – un percorso assai tortuoso⁹⁴. Con l'affermazione della procedura formalizzata dei Tribunali camerali si moltiplicano nella dottrina e nella giurisprudenza i motivi di nullità⁹⁵, a cui pone un freno il

⁹¹ Sinteticamente, M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, cit., pp. 560-565, che richiama specialmente la voce critica di Schlossmann, che ritiene di sostituire – ad una visione astratta ed unificante dell'invalidità – un'analisi dettagliata dei singoli casi produttivi delle fattispecie d'invalidità. Cfr. pure A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano 1981, in specie pp. 605-607 e M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

⁹² R. SACCO, *Nullità ed annullabilità*, cit., pp. 293-295 e ID., *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi, e la regola unica preterlegale*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli 1997, IV, pp. 449-465.

⁹³ R. SACCO, *Purezza del consenso...* cit., p. 455.

⁹⁴ Lo ricostruisce con precisione C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 43-55.

⁹⁵ Si tratta di una linea di tendenza riscontrabile nel tardo diritto comune anche in Italia.

Reichsabschied del 1654, che ripropone la distinzione – già presente in dottrina – fra *nullitates iuris positivi* (sanabili e sottoposte al rimedio dell'appello) e *nullitates iuris naturalis* (insanabili e sottoposte al rimedio trentennale dell'*actio nullitatis*)⁹⁶. In questa impostazione «il concetto della nullità processuale non può e non deve essere determinato dalla legge, essendo un concetto astratto dalla *Natur der Sache*»⁹⁷. Il regolamento giudiziario prussiano del 1793 muove da questa impostazione, prevedendo ancora un'azione di nullità ed individuando un elenco tassativo di decisioni assolutamente nulle, in cui era escluso il passaggio in giudicato della sentenza; in tutti gli altri casi si doveva ricorrere all'appello. Sarà la legge 14.XII.1833 a mutare tale assetto, abolendo l'azione di nullità ed introducendo una querela da rivolgere non più al giudice *a quo*, ma al tribunale supremo entro il breve termine di sei settimane⁹⁸.

Nella stesura definitiva del Codice di procedura del 1879 (*Zivilprozeßordnung*) si può notare, invece, la mancanza di una disciplina generale delle invalidità degli atti processuali e la previsione di un rimedio specifico finalizzato a far valere anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza eventuali vizi gravissimi della decisione⁹⁹. Si può perciò ritenere la generale sanabilità (mediante appello) dei vizi del procedimento e della decisione, salvo i casi più gravi e insanabili ricorribili senza limiti di tempo; in conclusione «con la *Zivilprozeßordnung*, pertanto, sembra chiudersi quella parabola che ha avuto inizio con il di-

⁹⁶ In generale, cfr. K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976.

⁹⁷ C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., p. 46. «Il contenuto dell'atto deve pertanto essere in rapporto con il suo scopo: se tra il contenuto e lo scopo non vi è alcuna possibile relazione causale, lo scopo non è raggiunto e l'atto è nullo» (*Ibidem*, p. 46).

⁹⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile...* cit., pp. 598-602.

⁹⁹ «I sistemi che conoscono l'azione dichiarativa della nullità (sistema intermedio dei glossatori e dei canonisti, degli autori dell'*usus modernus pandectarum*, sistema di parte della prassi giurisprudenziale germanica del secolo XIX e sistema tedesco successivo alla entrata in vigore della ZPO, sistema italiano dopo Chiovenda) sono spesso condizionati dalla origine di questa azione, figlia della querela nullitatis medievale, sorta in relazione alle nullità matrimoniali e processuali e non facilmente adattabile alle nullità negoziali» (A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 81-82).

ritto romano: la sentenza, come il procedimento che l'ha preceduta, sarà mai *nichtig*, ma unicamente impugnabile attraverso i mezzi dell'appello, della *Revision* e della *Wiederaufnahmeklage*»¹⁰⁰.

7. Conclusione: la invalidità e le invalidità nel diritto odierno.

Al termine di quanto esposto pare opportuno svolgere sinteticamente alcune ulteriori considerazioni. È comprensibile ritenere, da quanto fin qui detto, che all'assenza di un interesse monografico e diretto della dottrina medievale circa le problematiche dell'invalidità faccia riscontro l'assenza di studi specifici e generali sul tema da parte degli storici del diritto intermedio. I diversi studi hanno messo in rilievo – da un lato – singoli elementi (a partire da casi concreti o situazioni particolari) del discorso sull'invalidità, mentre – da un altro – ricostruzioni teoriche e puramente 'dottrinali' hanno inteso evidenziare i nodi concettuali e – per così dire – 'dogmatici' della riflessione medievale sull'invalidità.

Si tratta di due punti di vista ben distinti, ma senza dubbio complementari¹⁰¹; infatti, è innegabile che è proprio nella dialettica fra le invalidità in concreto e l'invalidità come ambito concettuale che si è sviluppata nell'analisi della dottrina e nell'applicazione pratica la gran parte dell'evoluzione storica delle invalidità¹⁰².

¹⁰⁰ C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., p. 55; cfr. anche O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in «Archiv für die civilistische Praxis», (1879), pp. 76 ss. ed A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 61-78.

¹⁰¹ Cfr. E. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano 2006, pp. 451-489.

¹⁰² Mi permetto di richiamare quanto esposto in altra sede: «Parafrasando una titolazione nota e significativa in altro campo dell'indagine storico giuridica, si può concludere notando che il diritto medievale è, dunque, quello delle *invalidità*, ma non è ancora quello in cui si sviluppa una riflessione pienamente compiuta sull'*invalidità*. ... Ad una varietà di situazioni d'invalidità in diritto medievale fa corrispondere una varietà di rimedi previsti: dalle *actiones* d'invalidità volte all'accertamento di un vizio

Risulta in questo senso di un certo rilievo la sintonia di queste considerazioni con le riflessioni recenti di un civilista come Vincenzo Scalisi, che ha messo in risalto la necessità di ripensare la teoria dell'invalidità nell'odierna situazione giuridica pluridimensionale e ricca di spinte innovative provenienti dal mondo dinamico del commercio e degli affari. In estrema sintesi si è significativamente fatto riferimento all'invalidità non come categoria a priori, precostituita, ma piuttosto come esito di un giudizio *ex post facto* ed alla valutazione del passaggio dalla categoria unitaria di invalidità alle figure diverse de «le invalidità»¹⁰³.

La più recente civilistica ha posto in evidenza l'avvenuto superamento della rigida contrapposizione fra nullità e annullabilità e fra validità ed invalidità, dovendosi ricomprendere il primo binomio nella più vasta riflessione del diritto nel mondo economico, in cui «l'economia di mercato aperta e in libera concorrenza ... ha finito per catturare alla propria logica e al proprio disegno anche il regime delle invalidità e dell'inefficacia. E così quella che nel codice è una concezione dualistica e bipolare dell'invalidità [nullità/annullabilità] ha ceduto il posto a una confi-

insanabile e destinate a rimuovere una fattispecie di per sé già nulla *ipso iure*, alle diverse impugnative di annullamento degli atti giuridici con valore costitutivo della patologia, fino ai tipici rimedi processuali costruiti dalla dottrina, sulla base della spinta delle istanze provenienti dal mondo comunale» (M. ROSBOCH, *Invalidità e statuti...* cit., p. 433 e p. 435).

¹⁰³ V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano 2005. L'impostazione di fondo del civilista messinese, impostata sulla distinzione fra fondamenti e conseguenze delle invalidità, ricolloca in assoluta armonia con l'impostazione dei giuristi intermedi, che distinguono fra cause delle invalidità (come momento statico) e conseguenze (effetti principali e collaterali): cfr. M. ROSBOCH, *Prospettive medievali...* cit., pp. 333-351. Considerazioni di un certo interesse, anche in una prospettiva comparatistica, in P. GALLO, *Nullità ed annullabilità in diritto comparato*, in *Digesto per le Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, XII, Torino 1995, pp. 310-317.

¹⁰⁴ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Categorie e istituti...* cit., p. 648; sempre lo stesso Autore sottolinea come «Ciò ha posto la figura sul piano mobile... (*ibidem*). Sulla stessa linea P.M. PUTTI, *Nullità...* cit., pp. 673-699 e G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova 2002. Si osservi che la visione 'pluralistica' degli istituti giuridici istituiti è ormai dato acquisto in diversi settori

gurazione solitaria e monistica incentrata sulla nullità. E la nullità a sua volta ... è divenuta un rimedio sempre più dipendente e relato e cioè *conformato*»¹⁰⁴. Inoltre, per quanto riguarda la nozione di invalidità, occorre pensare la categoria piuttosto come «*le* invalidità», in grado di relativizzare e storicizzare il tradizionale apparato concettuale legato strettamente al dato codicistico, sostituendo ad «un archetipo anodino e piatto un modello critico e problematico della molteplicità»¹⁰⁵.

L'assetto delle invalidità nell'odierna società tecnologica complessa e sovranazionale – frutto anche di significative evoluzioni *extra* legali soprattutto in ambito commercialistico ed europeo – si salda perciò sorprendentemente con le figure complesse e duttili dell'elaborazione più raffinata del diritto comune, in cui l'invalidità assume il volto di un prisma poliedrico, caratterizzato da una pluralità di rimedi, di termini e di concetti capaci di leggere analiticamente situazioni diverse e complesse e difficilmente riconducibili ad un sistema rigido¹⁰⁶. I punti di contatto con l'evoluzione delle invalidità nell'epoca dello *ius commune* sono di una certa evidenza e senza dubbio significativi, a testimonianza

del diritto; esemplificativamente, A. CROSETTI, *Dalla «proprietà pubblica» alle «proprietà pubbliche». Origini e sviluppi di una teoria*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXIX (2006), pp. 63-110.

¹⁰⁵ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione della nullità di protezione*, in *Categorie e istituti...* cit., p. 690.

¹⁰⁶ «All'archetipo anodino e piatto, tutto moderno, dell'*unità* occorre opporre, per sostituirlo, il modello critico – interpretativo, realistico problematico e plurale, della *molteplicità*: secondo la nota formula liberatoria dei teorici della postmodernità, in base alla quale «il mondo non è uno ma molti» e si sa che la molteplicità costituisce appunto la condizione permanente ed esistenziale dell'intera esperienza giuridica. ... La nullità, ogni nullità, si situa proprio nel momento dell'incontro (della libertà che è tipica) dell'agire autonomo dei privati con (l'autorità che è invece propria del) l'ordinamento (e ciò anche quando la nullità sia successiva, stante il carattere permanente della valutazione normativa). In quanto tale la nullità, ogni nullità, costituisce l'esito di una decisione negativa di sistema e non altro precisamente rappresenta che un giudizio di disvalore in ordine al momento regolamentare o programmatico dell'agire privato in considerazione di anomalie, deficienze o devianze attinenti alla regolare formazione dell'atto oppure alla necessaria conformazione dello stesso momento programmatico e regolamentare a un prestabilito modello o a predefinite finalità» (V. SCALISI, *Contratto e regolamento...* cit., p. 690 e p. 695).

della necessità di riconsiderare alla luce della complessità e della pluralità degli ordinamenti soluzioni ed impostazioni frutto di epoche di semplificazione del giuridico¹⁰⁷.

Anche in questa prospettiva di necessario ripensamento delle costruzioni recenti dell'invalidità può risultare di un qualche rilievo rivedere le radici medievali dei concetti e delle figure delle invalidità (ad iniziare dalle specifiche e molto 'tecniche' invalidità delle sentenze), che costituisce l'intenzione (e forse pure l'interesse...) del presente lavoro¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Valgano per tutte le osservazioni generali di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 217-255 e di A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto...* cit., pp. 642-699.

¹⁰⁸ Risulta ormai assodata nella civilistica la necessità di seguire attentamente le «incrinature della concezione pandettistica, sulla scia di tendenze antiformali più o meno radicali, e di una critica alla concezione individualistica che a tale tradizione (a ragione o a torto) si ritiene sottesa» (R. CATERINA, *Il diritto civile nelle pagine del Digesto*, in *Il diritto civile nelle pagine del Digesto*, a c. R. CATERINA, Torino 2008, p. X); in questa linea si può collocare anche l'utilità attuale delle ricostruzioni storiche e comparatistiche. Si segnala infine che nel presente studio i passi sono riportati secondo le edizioni utilizzate.

CAPITOLO PRIMO

DAL DIRITTO ROMANO AL PERIODO ALTOMEDIEVALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli atti giuridici invalidi nel diritto romano (cenni). – 3. La sentenza invalida in diritto romano. – 4. L'evoluzione post-classica delle invalidità della sentenza. – 5. Dall'eredità romana al periodo altomedievale: osservazioni generali e casi d'invalidità.

1. *Premessa.*

Come premessa alle considerazioni sulla storia del diritto comune può essere utile richiamare di seguito ed in estrema sintesi la ricostruzione compiuta negli studi romanistici del modo di concepire l'invalidità nello sviluppo storico del diritto romano¹. Sia i manuali istituzionali che studi specifici dedicati alla materia, che risentono dalle categorie pandettistiche, offrono un quadro ampio e concreto dei problemi legati alle invalidità. È un campo d'indagine che pone molti problemi, anche in diritto romano; il primo dei quali è cogliere le situazioni d'invalidità al di là dei ragionamenti per categorie e concetti astratti (propri dell'impostazione pandettistica)², che i giuristi romani non avevano e che ri-

¹ Fattispecie d'invalidità erano già presenti nel diritto greco, pur in assenza di una specifica riflessione dottrinale: cfr. E. CANTARELLA, *In tema di invalidità del negozio giuridico nel diritto attico*, in «Labeo. Rassegna di diritto romano», 12 (1966), pp. 88-93.

² Infatti è propria della Pandettistica – sulla linea dell'impostazione della Scuola storica – la deduzione dalle fonti romane di forme e concezioni estranee allo 'spirito' ed all'effettività del diritto romano: cfr. per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris...* cit., II, *passim* ed E.W. BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*,

schia di soffocare gli istituti così come sono emersi nella realtà storica. Di nullità, inesistenza, invalidità e, tantomeno, di annullabilità nelle fonti non si parla³. Si trovano facilmente, però, nelle fonti romane molte fattispecie in cui l'atto giuridico indicato come «nullus, inutilis, pro infectus, nullius valoris vel momenti...», la cui qualificazione ed il cui trattamento possono offrire indicazioni significative. Se moltissimi sono i termini utilizzati nelle fonti per indicare le fattispecie inefficaci o non valide (si vedrà poi la differenza, nelle stesse fonti romane, fra i due concetti)⁴, un certo ordine si può mettere nella valutazione giuridica e nel trattamento di tali varie fattispecie⁵, specialmente con riferimento alle fattispecie di sentenza invalida⁶.

2. *Gli atti giuridici invalidi nel diritto romano (cenni).*

Il diritto romano difetta di un unitario concetto di nullità, ma, almeno al livello dello *ius civile*, conosce una nullità assoluta

in *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a c. G. PRETEROSS, Roma-Bari 2007, pp. 3-32.

³ Considerazioni importanti in M. TALAMANCA, *Recensione a V. Piano Mortari, L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, in «IURA-Rivista internazionale di diritto romano e antico», XIV (1963), pp. 327-335, Id., *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in «Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja», CI-CII (1998-1999), pp. 1-39 ed U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest. Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova 1986.

⁴ «Basti pensare che più di quaranta termini sono adoperati per indicare i negozi che comunque non producono i loro effetti o perché affetti da semplice inefficacia o perché tarati da vizi più gravi» (S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria...* cit., p. 14).

⁵ Tale materia ha costituito l'oggetto dei già citati studi di Hellmann, risalenti ai primi anni del secolo XX: F. HELLMANN, *Zur Terminologie...* cit., *passim*; con maggiore ampiezza Id., *Terminologische...* cit., *passim*.

⁶ La bibliografia in materia è sterminata: si può utilmente rimandare a quella contenuta nelle monografie di Antonio Masi e del Di Paola ed alle più recenti voci enciclopediche: cfr. S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e dell'inefficacia in diritto romano*, Milano 1966; Id., *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Milano 1965, pp. 639-659; A. MASI, *Il negozio «utile» o «inutile» in diritto romano*, Milano 1966; Id., *Nullità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano 1978, pp. 859-866; M. BRUTTI, *Invalidità...* cit., pp. 560-573; S. TONDO, *Invalidità...* cit., pp. 994-1002.

in contrapposto alla piena validità dei negozi giuridici. In altre parole il negozio *nullus* (da «non ullus», come ha mostrato il saggio del Di Paola) non aveva alcun valore per il diritto ed il giudice doveva toglierlo di mezzo⁷. Nulli erano i negozi privi dei necessari presupposti, viziati gravemente nella forma o nella causa, nella dichiarazione o nella manifestazione di volontà, o ancora, contrari a norme imperative. Non esisteva per lo *ius civile* un negozio non valido ma avente un qualche effetto giuridico. L'inesistenza dell'atto viziato era inattaccabile, tuttavia era possibile recuperare la perdita patrimoniale subita agendo in via ripetitoria con la *condictio indebiti*⁸.

Come già accennato, si possono riferire le cause d'invalidità degli atti giuridici sostanziali ai casi in cui l'atto (o il negozio) si allontana dal proprio modello⁹. Sono invalidi i negozi giuridici che vengono compiuti dai soggetti radicalmente incapaci di agire (o per l'età o per la condizione psichica)¹⁰; è considerato *nullus* l'atto giuridico che non rispetta la forma prescritta (tale invalidità colpiva, evidentemente, soprattutto i negozi formali). Per quanto riguarda, invece, la causa, la nullità si poteva avere soltanto per i negozi causali (i negozi astratti – come noto – erano validi e producevano i loro effetti tipici anche se avevano in concreto una causa turpe o illecita); nei negozi causali si aveva, ad esempio, la nullità se la causa era illecita o se il contratto era stipulato in frode alla legge¹¹.

Il diritto romano classico ritiene nulli i negozi simulati, senza dubbio alcuno nei casi di simulazione assoluta, con qualche eccezione nei casi di simulazione relativa (cfr. D. 44,7,4; D. 23,2,30; D. 24,1,64; D. 18,1,36; C. 4,38,9). Per quanto si riferisce all'errore, in molti casi (ma non in tutti), esso provocava la nullità

⁷ «In fondo per i romani dire che un negozio è *nullus* equivale a dire che non vi è alcun negozio: *non ullus*» (S. DI PAOLA, *Contributo...* cit., p. 12).

⁸ Su cui cfr. in termini riassuntivi A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 44-47.

⁹ M. BRUTTI, *Invalidità...* cit., p. 566.

¹⁰ Sintetica ricostruzione delle cause d'invalidità dei negozi giuridici nel diritto romano in G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 252-263.

¹¹ Cfr. D. 1,3,29.

del negozio: così era motivo di invalidità l'*error in persona*, l'*error in corpore* e l'errore ostativo¹². Esistevano, poi, i casi dei negozi validi secondo lo *ius civile*, ma che potevano essere impugnati di fronte al pretore e davano origine ad un apposito rimedio¹³.

Anche in altri ambiti del diritto romano si diffusero rimedi pretorili aventi lo scopo di colpire gli effetti di un atto considerato valido dal diritto civile, ma viziato («actus validus iure civili, non in effectu»), la cui esecuzione avrebbe comportato un grave ed ingiusto danno per il debitore¹⁴. Dall'analisi di questi mezzi (*restitutiones*, *actiones* pretorili ed *exceptiones*) costruiti per paralizzare in concreto gli effetti di un negozio giuridico non perfetto, ma comunque non così gravemente viziato da doversi reputare inesistente, sono state individuate da parte della moderna dottrina le maggiori analogie fra la concezione romana e l'odierna figura dell'annullabilità negoziale.

Occorre comunque ribadire un'osservazione di fondo: non si possono confondere i diversi punti di vista che caratterizzano e connotano il sistema del diritto romano ed i sistemi moderni. Il punto di vista romano, infatti, è prettamente funzionale e consiste nel costruire un pratico rimedio, mentre il punto di vista attuale guarda soprattutto alla struttura dell'atto: è una visione, quest'ultima, tutta sostanziale, statica e strutturale, mentre quella antica è al contrario dinamica e puntuale. Corre una differenza enorme fra il concepire l'annullabilità come il *risultato*, spesso incidentale, di un procedimento giuridico (come l'esito di un rimedio approntato in via indiretta dallo *ius praetorium*) ed il considerarla come uno dei possibili *modi di essere* di un atto giuridico.

Esistevano, inoltre, casi di negozi validi secondo lo *ius civile*, che potevano essere vanificati soltanto di fronte al pretore e da-

¹² In materia si veda soprattutto P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937.

¹³ Puntuale e documentato il breve saggio di Burdese, a cui si può utilmente rimandare per l'ampia bibliografia citata: A. BURDESE, *Atti delle persone: i vizi dell'atto giuridico in diritto romano*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico*, Roma 1979, pp. 235-252.

¹⁴ G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica...* cit., pp. 335-358.

vano origine ad un apposito mezzo processuale¹⁵. Oltre ai rimedi delle azioni *metus causa* e *de dolo*, il pretore poteva concedere specifiche eccezioni (*exceptio metus*, *exceptio doli*), con il pratico risultato di paralizzare l'efficacia del negozio viziato. Inoltre, vanno menzionati i rimedi previsti per i negozi viziati da violenza o da dolo, che non rendono nullo il negozio, ma per i quali il pretore poteva concedere azioni penali che si dirigevano contro l'autore della violenza o dei raggiri (cfr., fra i moltissimi passi, D. 4,2,3 e D. 4,3,1).

Questa impostazione, ormai maggioritaria fra gli studiosi, non è però accettata da tutti. Ad esempio il Robleda non esita a parlare di annullabilità senza ulteriori precisazioni anche nell'ambito dello *ius civile* a proposito della *querela inofficiosi testamenti*¹⁶. Tale schema, come notato – fra gli altri – da Piero Calamandrei¹⁷, si ripropone anche nel campo del processo, dove la sentenza può essere valida pienamente oppure inesistente secondo il diritto civile, *tertium non datur*¹⁸.

Su un altro piano, elementi di un certo interesse sono offerti anche dalla (non ricca rispetto a quella relativa al diritto privato) letteratura nel campo del diritto pubblico, in cui si possono trovare le considerazioni svolte dalla dottrina romana sull'invalidità della legge¹⁹.

Il diritto classico trasmette all'epoca di Giustiniano tutto il suo ricco patrimonio. La compilazione giustiniana, in materia di

¹⁵ Cfr. O. ROBLEDA, *La nulidad del acto juridico*, Roma 1964, pp. 296-303. Sulla *Querela inofficiosi testamenti* si possono vedere: M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, in «Studia et documenta historiae et iuris», 21 (1955), pp. 77-122 e L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli 1972, in specie pp. 37-180.

¹⁶ P. CALAMANDREI, *La Cassazione...* cit., pp. 23-34.

¹⁷ F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 3-14.

¹⁸ Per tutti si vedano: G. NOCERA, *Reddere ius: saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976 ed ID., *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli 1992.

¹⁹ Anche per l'epoca postclassica ottima la sintesi di G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 760-766.

invalidità, riproduce in gran parte quanto fin qui sommariamente esposto. Non si hanno, infatti, significative innovazioni sotto il profilo terminologico, nè si notano progressi verso un concetto generale di invalidità e di sue eventuali sottospecie²⁰. Ci sono, però, alcuni punti di frattura di considerevole importanza anche per il futuro sviluppo della materia nel diritto medievale. In primo luogo, nell'epoca postclassica, si crea una lunga serie di divieti legislativi sanzionati con l'invalidità dell'atto che ad essi contravvenga, a partire dalla *Lex Non dubium* (C. 1,14,5), che stabi-

²⁰ Intorno a questa legge si vedano, dal punto di vista della sua formazione e della sua autenticità, R. BONINI, *Appunti sull'applicazione del Codice Teodosiano. (Le costituzioni in tema di irretroattività delle norme giuridiche)*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», CLXIII (1962), pp. 121-134. Cfr. anche J.M. CHORUS, *Handelen in strijd met de wet. De verboden rechtshandeling bij de romeinse juristen en de glossatoren*, Leiden 1976, con preziosa sintesi alle pp. 278-300. Sui problemi legati alla distinzione fra *lex perfecta* e *lex minus quam perfecta*, ed alle conseguenze sugli atti giuridici, si veda fra i molti, S. DI PAOLA, *Contributo...* cit., pp. 39-67. Nella dottrina successiva, soprattutto canonistica, si approderà ad una precisa definizione di legge irritante: «La legge irritante o inabilitante viene, infatti, definita in dottrina come quella 'lex positiva humana qua nullus redditur actus qui, solo inspecto iure divino naturali et positivo, validus est, aut personae aufert habilitas ad negotium iuridicum, qua, inspecto eodem iure, persona gaudet' – Van Hove, *De legibus*, p. 167» (G. FELICIANI, *L'analogia...* cit., p. 205). La novella teodosiana *Non dubium*, dell'anno 426, poi confluita nel *Codex* (C. 1,14,5) ha offerto uno degli spunti più rilevanti agli interpreti medievali in materia di invalidità degli atti giuridici. La sua importanza nel diritto romano, così come nelle *interpretationes* successive, è indubbia; il testo del passo è il seguente: «Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudolenter excusat. nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutili, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. Secundum praedictam itaque regulam, quam ubique servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec stipulationem eiusmodi tenere nec mandatum ullius esse momenti nec sacramento admitti».

lisce la nullità degli atti contrari ai precetti normativi²¹. In questo modo tendono ad aumentare i casi di negozi invalidi per illiceità della causa: infatti, la violazione di un precetto normativo (non solo nella lettera, ma anche nella sostanza) comportava illiceità della causa (con conseguente nullità del negozio). Inoltre, con la progressiva eliminazione della formale differenziazione fra diritto civile e diritto pretorio anche i rimedi pretori vennero posti sullo stesso piano rispetto a quelli previsti dallo *ius civile*. Pertanto nel *Corpus iuris* si può rinvenire una prima distinzione fra le invalidità operanti di per sé e le fattispecie in cui si rende necessaria una specifica impugnativa²². Questa impostazione opera soprattutto sul regime degli atti viziati per violenza e per dolo, che vengono valutati non solo come meri presupposti per una vanificazione dell'atto di fronte al pretore, ma come incidenti sulla struttura intrinseca dell'atto (come ad esempio in D. 50,17,16)²³.

Operando una scelta di emancipazione dagli schemi interpretativi troppo rigidi e condizionanti, in cui le fonti romane sono state a più riprese imbrigliate – soprattutto nel secolo scorso – dagli studi condotti con metodo rigorosamente pandettistico (fondato sulle categorie giuridiche, sui dogmi e sul ragionamento giuridico spinto verso l'astrazione)²⁴, si può age-

²¹ Cfr. per tutti, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, con la collaborazione di L. VACCA e F. SITZIA, Torino 1991, pp. 760-761.

²² Occorre segnalare, ancora, l'originale impostazione di chi ha parlato di «inutilità» invece che di «annullabilità»: L.M.A. DI CESARE, *Luci ed ombre dell'inutilità negoziale...* cit., pp. 1443-1447.

²³ Per tutti, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno...* cit., II, pp. 126-162.

²⁴ Senza raggiungere la posizione polemica di Corrado Pecorella, secondo cui uno fra gli ostacoli più seri all'esatta 'lettura' della dottrina medievale risiede nella romanistica: «Si intende qui dire, accollandosi il costo della banalità, che fra i maggiori ostacoli alla comprensione del pensiero dei giuristi medievali pare da annoverarsi la dottrina romanistica: i glossatori conoscevano bene, forse meglio di chiunque altro, il *Corpus Juris*, ma ignoravano la romanistica, noi al contrario conosciamo male l'opera di Giustiniano ma sin dai primi anni di studio siamo portati a tutto inserire in categorie non romane ma romanistiche. ... Non interessa qui indagare il ruolo che il brano possa avere avuto, nella veste che ci è stata tramandata o in altra, nel complesso sistema del diritto romano: manipolazioni e interpolazioni poco o nulla chiariscono ai

volmente osservare come di «nullità», «annullabilità», «inesistenza», «inefficacia» ... etc., le fonti romane non parlassero²⁵. Non esisteva, con buona approssimazione, nel diritto romano la «nullità» (o «l'invalidità»), ma esistevano molti contratti nulli, esistevano i legati invalidi o i testamenti inefficaci²⁶.

nostri fini, giacché i glossatori e i loro successori lessero il testo come è, e su di esso, eventualmente anche sugli errori, costruirono le loro dottrine, cercando di dare un senso anche a ciò che apparentemente non ne aveva alcuno» (C. PECORELLA, *Volontaria giurisdizione. L'inizio di una riflessione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXII (1989), pp. 6-7); in proposito occorre rilevare in ogni caso che la dottrina romanistica tradizionale rappresenta un condizionamento imponente per l'esatta comprensione del pensiero giustiniano e medievale dell'invalidità in genere e delle invalidità della sentenza in specie. Condizionamento, peraltro da intendersi secondo una duplice prospettiva, in parte feconda e positiva in parte bloccante. Fecondo e positivo è, infatti, il rigore concettuale e definitorio a cui approdano le analisi romanistiche e pandettistiche, armamentario che costituisce una ricchezza insostituibile di rigore e di riflessione squisitamente tecnica e giuridica dalla quale è utile attingere per ogni tipo di indagine storica. D'altra parte senza la necessaria cautela propria di ogni indagine storica tale patrimonio può diventare un punto di vista deformante se si opera con la pretesa di inserire ad ogni costo la voce proveniente al vivo dell'indagine storica e testuale nelle strettoie dei concetti e della terminologia elaborata dalla dottrina moderna e contemporanea; acute osservazioni in P. CARONI, *Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage del diritto statutario*, in «Archivio storico ticinese», XXXII (1995), pp. 129-160. Conservano ancora oggi una qualche utilità le indicazioni – di cui non sempre la processualistica e la storiografia hanno fatto tesoro – di E. ALLORIO, *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in «Rivista di Diritto Processuale Civile», XV-I (1938), p. 201: «Attivo e reciproco può essere il ricambio dei servizi fra dogmatica e storia: se la dogmatica illumina, e rende intelleggibile e fruttuosa la storia, dal canto proprio la storia, maestra di realismo, può salvare la dogmatica dai pericoli di quell'infatuazione formalistica, che ha determinato la crisi della scienza del diritto». Cfr. anche *supra*, «Introduzione».

²⁵ Cfr. E. FINZI, *Studi sulle nullità...* cit., pp. 57-58.

²⁶ Ed il medioevo? È questo un punto importante su cui occorrerebbe riflettere a lungo. Nelle trattazioni del tardo diritto comune il passaggio dal punto di vista funzionale (annullabilità come risultato) ad uno strutturale (annullabilità come possibile modo d'essere dell'atto giuridico) è già avvenuto in gran parte (considerazioni generali di rilievo in I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988). Il come ed il quanto deve essere ancora indagato; come primo punto in cui in concreto il problema della gradazione dell'efficacia degli atti giuridici si è posto nell'epoca del Rinascimento giuridico si può citare l'importante glossa accursiana 'Contra tabulas' ad I. 3,10: «Sed quare datur suis contra tabulas cum ispo iure nullum sit testamentum? Respondeo: duas habet vias: unam de iure civili, per

Le situazioni qualificabili in qualche modo come annullabili nel diritto romano, ruotano attorno al primo punto di vista identificato²⁷. Questa impostazione ormai maggioritaria fra gli studiosi, non è però accettata da tutti. In effetti si è levata anche più di recente qualche voce problematica nel tentativo di far assumere ai diversi rimedi pretorili vesti proprie della moderna annullabilità²⁸. In proposito va, infine, segnalato il tentativo di Renato Quadrato, che, al termine di una puntuale analisi specifica sul tema conclude, però in senso sostanzialmente negativo, rimandando il merito di aver colto con una certa nettezza la categoria di «atto annullabile» al pensiero dei glossatori²⁹.

3. *La sentenza invalida in diritto romano.*

L'assetto delle invalidità delle sentenze nell'ambito dell'esperienza giuridica romana³⁰ si configura, in buona sostanza,

quam potest dicere nullum, aliam de iure pretorio, per quam non dicit nullum sed annullandum, cum nec fieri, nec desinere possit heres de iure pretorio» e la glossa interlineare 'Pro infectis', attribuita ad Imerio, ad C. 1,14,5 (cfr. E. CORTESI, *La norma giuridica. Spunti nel diritto comune classico*, I, Roma 1962, p. 28). Considerazioni sul tema anche in L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti fra diritto pretorio e diritto imperiale nell'età classica*, Milano 1965, pp. 242 ss.

²⁷ Lo studio di Ilaria Pagni, oltre a gettare una nuova luce sulle attuali prospettive dell'invalidità nell'odierno sistema entro una linea di superamento degli schemi tradizionali coglie correttamente i cardini del sistema romano, evidenziandone la natura casistica e non dogmatica e mettendo in luce il ruolo centrale delle *exceptiones*; cfr. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa...* cit., pp. 36-53.

²⁸ R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità...* cit., pp. 109-112.

²⁹ Tralascio ogni riferimento specifico al diritto greco, in cui pure erano presenti – come già ricordato – fattispecie d'invalidità, sia negoziali sia processuali: cfr. E. CANTARELLA, *In tema di invalidità...* cit., pp. 88-93. In generale, si cerca qui di offrire anche per il diritto romano, così come per il successivo diritto medievale, un quadro delle invalidità processuali, sia secondo un'ottica statica (i tipi ed i casi d'invalidità) sia da un punto di vista dinamico (eventuali conseguenze giuridiche e differenze di trattamento delle diverse fattispecie d'invalidità).

³⁰ Non solo da un punto di vista della terminologia utilizzata si riscontrano evidenti analogie e corrispondenti (su cui occorre rifarsi ancora agli studi risalenti di F. HELLMANN, cfr. *supra*, nota 5), ma la corrispondenza si può comprendere anche da

secondo tipologie e fattispecie analoghe a quelle che caratterizzano le invalidità degli atti giuridici del diritto privato³¹.

L'impostazione propria dei negozi giuridici romani si ripropone – come notato fra gli altri da Piero Calamandrei – anche nel campo del diritto processuale e delle sentenze³². La sentenza romana, infatti, nel periodo dell'*ordo privatorum* non può che essere pienamente valida oppure radicalmente nulla secondo il diritto civile (inesistente), senza situazioni intermedie di impugnabilità o di annullamento. L'equiparazione fra inesistenza e nullità-invalidità della sentenza viziata è ormai una conclusione acquisita dalla dottrina processualistica senza palesi contestazioni³³. La sentenza viziata è un nulla giuridico assoluto e come

un punto di osservazione più profondo. È noto, infatti, come – almeno fino al tardo impero – la sentenza provenga da un soggetto privato e come atto di un privato viene considerata dai giuristi romani. Si vedano, fra i molti, R. ORESTANO, *L'appello civile nel diritto romano*, Torino 1953; A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 41-47 e F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza in diritto canonico*, Roma 1939, pp. 3-14.

³¹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 23-34. Egli riproduce in gran parte un'impostazione della dottrina tedesca del sec. XIX che culmina nella pregevole e specifica ricostruzione di A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Eine civilprocessuale abhandlung*, Leipzig 1886, pp. 1-5. Si vedano anche la sintetica ricostruzione storica di C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 31-36 per il diritto romano e le pregevoli sintesi sul processo romano di C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo romano*, Torino 1982 e di M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano 1987, pp. 1-79. Sempre insostituibile, G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. I. Esercizio del diritto e difesa privata*, Bologna 1946, II. *Le legis actiones*, Bologna 1948, III. *La genesi del processo formulare*, Bologna 1950.

³² Fra i moltissimi si vedano esemplificativamente: B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, IV, pp. 29-102; A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 41-47; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 21-87; G. CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», LXXX (1897), pp. 369-380; G. CERVENCA, *Sudi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano 1965 (rist. Milano 1990); M. KASER, *Das römischen Zivilprozessrecht*, München 1996, a c. K. HACKL, II, pp. 472-510; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, pp. 94-154 e L. RAGGI, *La Restitutio in integrum...* cit., pp. 71-141.

³³ Su cui si veda, in prospettiva storica e comparatistica, R. DIÉGUEZ OLIVA, *Quod nullum est, nullum effectum producit? La sanción de nulidad del art. 1259*, in *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, Malaga 2006 (testo consultabile su www.codigo-civil.info/nulidad, pp. 1-5).

tale non produce alcun effetto rilevabile; nessun rimedio specifico è pertanto necessario ed un eventuale accertamento della nullità è in ogni caso esperibile da chiunque ed *in perpetuum*. La sentenza viziata viene considerata un nulla giuridico assoluto e come tale non può incidere su nessuna situazione giuridica, non potendo arrecare dunque danno ad alcuno: «quod nullum est nullum producit effectum»³⁴.

Nel mondo dei meri fatti, però, tale sentenza (o meglio tale parvenza di sentenza) esisteva e poteva arrecare pregiudizio a determinate situazioni giuridiche soggettive. Per venire incontro a questa situazione il diritto romano elaborò alcuni specifici rimedi finalizzati a constatare l'inesistenza della sentenza radicalmente viziata³⁵. In particolare, nel contesto dell'*actio iudicati* concessa al vincitore che non avesse ottenuto spontaneamente l'adempimento da parte del soccombente³⁶, furono previste le figure dell'*infitiatio* e della *revocatio in duplum*³⁷, costruite proprio per permettere la constatazione dell'inesistenza o meno di una sen-

³⁴ Si sfiora qui un tema di grande rilievo che ha suscitato nella storia giuridica un acceso dibattito: la concepibilità a livello di teoria generale e la pratica sussistenza nello specifico dell'ordinamento giuridico romano delle azioni di mero accertamento. Da un punto di vista storico la dottrina ha riconosciuto in vari ambiti del diritto la presenza di meccanismi giuridici negoziali e processuali di mero accertamento; spiccano ad esempio nel diritto romano le cosiddette «*Formulae praeiudiciales*» (su cui cfr. F. DE MARINI AVONZO, *Praeiudicium*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino 1966, pp. 540-543) volte ad accertare una situazione giuridica preesistente senza implicare la modifica delle condizioni giuridiche precedenti all'accertamento. Per considerazioni puntuali in chiave di teoria generale, con specifici riferimenti anche alla sentenza di accertamento, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano 1965, pp. 432-509.

³⁵ G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*... cit., pp. 731-745.

³⁶ Cfr. *Pauli Sententiae*, V, 5-8.

³⁷ Si definisce azione riconvenzionale un'iniziativa giudiziale proposta dal convenuto e volta alla tutela di una prerogativa patrimoniale (o restitutoria) dello stesso che supera la semplice paralisi dell'azione attorea. La *revocatio* è peraltro un'azione riconvenzionale anomala, perché non comporta una richiesta di tipo patrimoniale o pretese di tipo restitutorio, ma unicamente l'accertamento di una situazione antiggiuridica perché 'a-giuridica' o inesistente. In generale, si veda C. NATALINI, *Convenientem riconvenire. Genesi e sistematica della riconvenzione nella dottrina dei glossatori*, Bologna 2001 soprattutto pp. 3-32.

tenza. Nello specifico, l'*infinitio* è equiparabile sul piano tecnico ad una eccezione, mentre la *revocatio* si configura come azione di tipo riconvenzionale, così come sembra essere ammessa per l'attore, la cui domanda sia stata respinta da una sentenza invalida, la possibilità di riproporre l'azione attraverso una *replicatio nullitatis*³⁸. Attraverso tali strade indirette (manca del tutto nel diritto romano una propria e specifica azione di nullità sia negoziale che processuale)³⁹ il giudice (che – si ricordi – era nella procedura *per formulas* un privato cittadino e non un pubblico funzionario) veniva ad emettere – per lo più in via indiretta ed incidentale – un giudizio in ordine all'inesistenza (nullità) di una decisione giudiziale⁴⁰.

Le cause d'invalidità della sentenza si rifacevano in massima parte ai difetti del procedimento e non all'ingiustizia – per così dire – «intrinseca» della decisione, quali ad esempio la contrarietà alle norme imperative, la carenza di giurisdizione del giudice (come carenza di capacità del soggetto agente), la sua corruzione, la mancanza del dispositivo nel giudizio, etc.⁴¹. Su questa base si è affermata nella dottrina la convinzione che portassero alla nul-

³⁸ In questo senso con nettezza A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 42.43.

³⁹ La natura giuridica della *revocatio in duplum* ha dato adito a molte perplessità in dottrina, fino alla posizione estrema di chi ne ha negato la concreta esistenza nel diritto romano classico (come il Biondi, cfr. B. BIONDI, *Appunti...* cit., pp. 91-100). Considerazioni importanti in L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni...*, pp. 15-20. Al di là della posizione estrema del Biondi, qualche dubbio sulla natura dell'istituto della *revocatio* comunque resta.

⁴⁰ Per tutti, G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., III, *passim*.

⁴¹ Insiste molto su tale contrapposizione fra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo* Piero Calamandrei (così come le trattazioni di Antonio Pertile e poi di Giuseppe Salvioli): cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, VI-2, Roma-Napoli-Milano 1900, pp. 197-384; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, in *Storia del diritto italiano* pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE, III-2, Milano 1925 e P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 23-62 ed ID., *L'error in iudicando...* cit., *passim*. Peraltro già nel diritto romano classico ci sono alcune sentenze nulle ed irrimediabilmente viziate non per motivi processuali ma su altra base (la sentenza venale è una di queste); la sentenza dal precetto assolutamente impossibile anche. Tale contrapposizione, si vedrà, va superata senz'altro per il diritto intermedio, ma già non è pienamente accettabile anche con riferimento al diritto romano. Sulla base di queste figure d'invalidità lavoreranno i glossatori.

lità della decisione soltanto le violazioni delle norme processuali (i cosiddetti *errores in procedendo*), mentre per tutti gli altri vizi (*errores in iudicando*) non si giungesse mai all'invalidità, ma si configurasse una semplice e generica ingiustizia, da eliminare mediante l'appello⁴². Ed in effetti la violazione di legge sostanziale e l'errore di giudizio non rappresentarono nel periodo classico casi d'inesistenza, fino a quando non si cominciò a distinguere nettamente le *quaestiones iuris* dalle *quaestiones facti*⁴³.

4. *L'evoluzione post-classica delle invalidità della sentenza.*

Con lo sviluppo del sistema processuale romano dall'*ordo* alla *cognitio extra ordinem*⁴⁴ siamo ormai nell'epoca post-classica e si verifica una significativa evoluzione per le invalidità delle sentenze; si diffonde, infatti, l'istituto dell'appello come strumento volto ad ottenere la riforma nel merito di una pronuncia giudiziale attraverso un completo riesame della causa (con la possibilità – fra l'altro – di sollevare nuove eccezioni e portare nel secondo giudizio nuovi capi di prova)⁴⁵. In questo ambito si

⁴² Cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 41-47, che modifica in parte la valutazione troppo rigida proposta dal Vassalli, F. VASSALLI, *L'antitesi 'ius-factum' nelle fonti giustinianee*, in *Studi giuridici*, III, Milano 1960, pp. 9-20.

⁴³ Per tutti M. TALAMANCA, *Processo civile...* cit., pp. 31-79 (con puntuali indicazioni bibliografiche).

⁴⁴ Sull'evoluzione dell'appello nel diritto romano si vedano, per tutti: L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961; A. PADOA SCHIOPPA, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano 1967, pp. 13-107; R. ORESTANO, *L'appello civile...* cit., pp. 166-225. Inoltre, cfr. C. SANFILIPPO, *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio*, in «Annali della facoltà di Giurisprudenza - Università degli studi di Camerino», VIII (1934), pp. 315-350.

⁴⁵ Precisa e condivisibile l'affermazione di Luigi Raggi sullo sviluppo dell'appello nell'epoca post-classica: «Rispetto a questa funzione tipica dell'appello, l'anomalia dell'impiego di esso come gravame di nullità sta appunto nel fatto che tale impiego non dà luogo ad un nuovo giudizio sulla medesima questione già risolta dalla sentenza impugnata, ma può solo portare, dato il carattere della nullità romana, ad un accertamento dell'inesistenza giuridica della sentenza stessa. Sicché, mentre con l'appello da sentenza valida si mira essenzialmente al nuovo, nell'appello come gravame di nullità l'interesse del nuovo processo si esaurisce nella valutazione sulla giuridica inesistenza

afferma ben presto la pratica anomala di utilizzare proprio il nuovo istituto dell'appello anche per ottenere la constatazione della nullità della sentenza⁴⁶. Tale uso dell'appello non è di per sé vietato, ma viene considerato dalla dottrina inutile e sproporzionato rispetto allo scopo, raggiungibile con minor dispendio di risorse ed in un più breve tempo attraverso i tradizionali rimedi in via di eccezione e di riconvenzione. Il ricorso a questi rimedi più semplici era generalmente auspicato dall'ordinamento ed anzi – a stretto rigore – nessuno strumento specifico era di per sé ne-

della sentenza impugnata» (L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni...* cit., p. 35). Altro istituto processuale, che si diffonde nel mondo romano come rimedio contro alcuni vizi delle sentenze, è la *restitutio in integrum*. Sorge anch'esso in ambito pretorile e consente di ristabilire una situazione giuridica precedente in quei casi in cui la rigidità dello *ius civile* provocava situazioni giuridiche di manifesta ingiustizia (a danno, per esempio, di soggetti giuridicamente deboli come i minori). Con l'epoca post-classica l'istituto assume una posizione ausiliaria e sussidiaria rispetto agli altri rimedi processuali (ed all'appello in particolare); i suoi rapporti con l'invalidità sono stati ampiamente descritti da Luigi Raggi, che si sofferma a documentare come nel diritto romano la *restitutio in integrum* si sia affermato come uno strumento operativo e concettuale caratteristico di una cultura giuridica in cui manca propriamente l'idea di annullabilità (cfr. L. RAGGI, *La restitutio in integrum...* cit., *passim* ed ID., *Studi sulle impugnazioni...* cit., in specie pp. 19-108). La *restitutio*, infatti, può ottenere la paralisi di effetti giuridici indesiderati ricostruendo la situazione giuridica anteriore all'atto viziato, ed in questo può raggiungere risultati simili a quelli di un annullamento di una sentenza considerata provvisoriamente efficace, ma in seguito annullata, fattispecie non prevista – come già rilevato – dal diritto romano. Scopo primario della *restitutio*, peraltro, non è tanto l'accertamento di un eventuale vizio dell'atto, ma la rimozione dell'ingiustizia e la ricostituzione dello *status quo ante*. Da questo punto di vista la *restitutio* opera in conseguenza di atti giuridici validi, che provocano però un danno ingiusto, ingiustizia questa rilevabile al di là delle strette formalità e dei brevi termini previsti per l'appello. In quest'ottica, cfr. A. BETTETINI, *La restitutio in integrum processuale nell'ordinamento canonico. Profili storico-dogmatici*, Padova 1994, pp. 1-55 e G. CERVENCA, *Per lo studio della restitutio in integrum. (Problematica e prospettive)*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, pp. 599-630.

⁴⁶ Alcuni passi significativi su cui opererà la sua ricca *interpretatio* la dottrina medievale: D. 2,12,1; D. 49,1,19; D. 49,1,23; D. 49,8,1,2; C. 7,64,2; C. 7,64,5. In proposito, G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, pp. 725-781 ed A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 13-107; cfr. pure F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000 (con riferimento specifico ai rapporti fra appello e nullità, pp. 258-267).

cessario per constatare la nullità di una sentenza, trattandosi di una decisione inesistente, cioè di un nulla giuridico assoluto⁴⁷.

L'uso improprio dell'appello comporta, inoltre, la sottomissione di questa impugnativa – volta irritualmente ad ottenere la dichiarazione di nullità di una sentenza – ai brevi termini dell'appello, trascorsi i quali non vi erano altre strade da percorrere che quelle tradizionali già esaminate (*revocatio, actio iudicati, exceptiones*, etc.) ed esperibili, invece, *in perpetuum*. In caso di rigetto dell'appello tali rimedi potevano, inoltre, essere esperiti per cui – contrariamente ad una prassi che si affermerà nel medioevo – non si può dire che l'appello avesse una funzione «convalidante» di un atto giuridico viziato.

L'appello poteva essere quindi utilizzato per far rilevare la nullità, ma non come pronuncia definitiva sull'invalidità stessa. Per cui si può concludere affermando che l'uso dell'appello in ambito di nullità è sia anomalo (e su questo profilo molto è stato scritto) sia zoppo o ad una sola direzione (dalla validità all'invalidità, ma non viceversa)⁴⁸. Non è previsto, infatti, alcun termine perentorio per far rilevare la nullità della sentenza ed anche in caso di ricorso mediante appello non è escluso il contemporaneo e contestuale utilizzo dei mezzi tradizionali di accertamento della nullità; resta da valutare se una volta proposto l'appello al fine improprio di contestare la nullità della pronuncia l'appello stesso possa essere riproposto – in caso di rigetto della domanda – o per una nuova indagine sulla nullità o per una pronuncia nel merito della causa: le fonti non offrono dati precisi al riguardo.

A rigore di pura logica, evidentemente, il ricorso all'appello dovrebbe essere utilizzato una sola volta. Tale conclusione peral-

⁴⁷ Su questa seconda considerazione non si sono trovati nella dottrina risultati definitivi; si ritiene – comunque – di potere insistere in questa direzione soprattutto per la considerazione generale del contesto in cui l'invalidità della sentenza si colloca nel diritto romano.

⁴⁸ Sui rapporti fra invalidità ed impugnazioni in diritto romano si vedano, fra i molti: R. ORESTANO, *L'appello civile...* cit., pp. 270-285; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 43-46; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione...* cit., pp. 258-267; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili...* cit., pp. 78-101 e F. VASSALLI, *L'antitesi 'ius-factum'...* cit., pp. 3-53.

tro non è così scontata: il principio della nullità assoluta della sentenza, imprescrittibile, esercita, infatti, una forza condizionante nei confronti dell'istituto dell'appello, per cui non è da escludersi che nei casi di nullità si possano realizzare fenomeni di indebita dilatazione dei termini preclusivi dell'appello stesso. Prova ne potrebbero essere i frequenti richiami dell'autorità imperiale contro l'uso improprio dello strumento appellatorio. In effetti, la consuetudine di utilizzare l'appello per far constatare la nullità della sentenza si diffuse rapidamente, nonostante i frequenti e ripetuti divieti imperiali⁴⁹, come mostrano le fonti (si vedano esemplificativamente D. 10,2,41 e D. 37,14,24) ed è significativo il continuo richiamo operato dagli imperatori in ordine alla superfluità di tale rimedio⁵⁰.

Sulla base di queste considerazioni si è voluto vedere già nell'epoca romana il sorgere di una figura antesignana della *querela nullitatis* del diritto comune; ritengo, peraltro, di non potere aderire a questa ipotesi: se è vero, infatti, che nella prassi si realizza, attraverso l'uso improprio dell'appello, una pratica sottoposizione della nullità a termini perentori, è altrettanto vero che tale linea non rappresenta in alcun modo il superamento della concezione tradizionale romana, sempre ribadita dalle fonti, e che anzi giunge essa stessa ad influenzare la prassi degli appelli⁵¹.

⁴⁹ Occorre precisare in questa sede il rapporto fra processo civile e processo penale a Roma: come sarà anche nell'epoca del diritto comune l'archetipo cui si rifanno i giuristi nella costruzione degli istituti processuali è il processo civile; quello penale sorge da quello civile e si differenzia in alcuni aspetti ma non è un altro processo (cfr. B. SANTALUCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano 1987, pp. 318-360).

⁵⁰ D'altra parte chi ha proposto tale equiparazione ha utilizzato una nozione molto particolare di *querela nullitatis* come generica azione di nullità (A. COSTA, *La nullità della sentenza e la «querela nullitatis» nella storia del processo italiano*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 57 (1916), pp. 219-254); in definitiva la *querela nullitatis* nel suo genuino affacciarsi sulla scena delle impugnative processuali è un prodotto del diritto comune, frutto del contributo fecondo dell'*interpretatio* civilistica, delle istanze canonistiche e della legislazione statutaria. Per considerazioni critiche sintetiche, cfr. *infra*, cap. VI-VII.

⁵¹ Antonio Padoa Schioppa evidenzia alcuni tratti della nullità della sentenza nell'ambito dell'analisi dell'evoluzione dell'istituto dell'appello da Teodosio II all'epoca giustinianea: A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 6-107.

Da un punto di vista strettamente concettuale, comunque, appello e nullità si muovono su binari distanti, con pochi elementi in comune⁵². L'appello – come'è noto – postula, infatti, la presenza di una sentenza pienamente valida da riformare nel merito; l'invalidità (nullità), invece, è la constatazione (di per sé anche superflua) di una pronuncia effettivamente mai venuta ad esistenza giuridica.

Nella pratica, attraverso le frequenti interferenze fra l'appello e l'invalidità si realizza, però, un significativo ampliamento della nozione di invalidità della sentenza. Essa non risponde più soltanto ad esigenze «private», ma assume caratteri «pubblici», venendo così a prevalere sulle tradizionali cause di nullità quelle più recenti legate ad alcune tipologie di *errores in iudicando* ed ai frequenti errori *de iure constitutionis*⁵³.

Nel periodo di passaggio dal diritto classico ai nuovi approdi giustinianeî si realizzano alcuni significativi sviluppi dell'intera materia delle invalidità, anche se il quadro concettuale di riferimento non viene a mutare, rimanendo fissa anche nell'epoca di Giustiniano la considerazione dell'insanabilità della sentenza invalida⁵⁴. L'epoca post-classica non comporta, perciò, radicali innovazioni da un punto di vista terminologico, né rappresenta una tappa verso il sorgere di un concetto univoco e generale di «invalidità» e di sue eventuali sottospecie, ma rap-

⁵² Per tutti, sinteticamente, C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 34-36.

⁵³ Il passo, importantissimo – D. 49,8,1 – anche per i successivi sviluppi medievali, è il seguente: «*Quae sententia sine appellatione rescindantur. Illud meminimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit. Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum, condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur, sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum, centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationis locus est*».

⁵⁴ Puntuale è la sintesi di Pugliese: G. PUGLIESE, *Istituzioni...*, pp. 760-766.

presenta, comunque, un momento di evoluzione rispetto all'epoca precedente⁵⁵.

Si vengono a delineare, infatti, alcune diverse e più complesse fattispecie e tipologie d'invalidità del negozio giuridico in generale ed anche della sentenza, che, trovandosi nella compilazione giustiniana, condizioneranno in varia misura il diritto medievale. Nello specifico si possono sintetizzare due aspetti di sviluppo.

In primo luogo, il periodo post-classico, ricco di produzione normativa, crea una lunga serie di divieti legislativi sanzionati con la nullità dell'atto giuridico che ad essi contravvengano, a partire dal principio generale dell'invalidità degli atti contrari ai precetti normativi contenuto nella *L. Non dubium* (C. 1,14,5). La presenza di molte nuove leggi «perfette» di produzione imperiale comporta l'aumento vertiginoso delle fattispecie d'invalidità: la violazione di un precetto normativo (non solo nella lettera, ma anche nella sostanza), infatti, comportava illiceità della causa (con conseguente nullità del negozio)⁵⁶.

In secondo luogo, con la scomparsa della distinzione formale fra *ius civile* e *ius praetorium* anche i rimedi pretori vennero posti sullo stesso piano rispetto a quelli previsti dallo *ius civile*. In questo modo i compilatori del *Corpus iuris*

«vennero sostanzialmente a distinguere l'invalidità di per sé operante da quella operante soltanto su richiesta di un soggetto specificamente legittimato, il quale si valesse di uno dei rimedi (*actiones, exceptiones, restitutiones in integrum*) un tempo pretori, ma ora posti sullo stesso piano degli istituti civili. La seconda specie d'invalidità può essere ancora genericamente designata da noi moderni col termine di 'impugnabilità' (come già nel periodo precedente, quando però vi si aggiungeva la qualifica di 'pretoria'), perché i giustinianei appunto non approfondirono gli aspetti concettuali del fenomeno. Deve però essere messo in rilievo che la

⁵⁵ Su tali profili e sui problemi legati alla distinzione fra *lex perfecta* e *lex minus quam perfecta* si veda – fra i molti – S. DI PAOLA, *Contributo...* cit., pp. 39-67.

⁵⁶ G. PUGLIESE, *Istituzioni...* cit., pp. 760-761.

contrapposizione tra invalidità di per sé operante ed impugnabilità costituì la radice di quella dicotomia tra 'nullità' ed 'annullabilità', già delineata nei suoi elementi essenziali dai giuristi del diritto comune e fissata nei codici civili vigenti in molti paesi del mondo»⁵⁷.

Come già ricordato⁵⁸, questa impostazione viene a modificare soprattutto il regime degli atti viziati per violenza e per dolo, i cui vizi si iniziano a considerare non più come semplici presupposti per una vanificazione dell'atto da parte del pretore, ma piuttosto come fattori incidenti sulla struttura intrinseca dell'atto (cfr. D. 50,17,116)⁵⁹. In buona sostanza l'invalidità della sentenza si può inserire nel periodo giustiniano in un sistema sviluppatosi nei secoli e caratterizzato dai seguenti elementi⁶⁰:

- una terminologia ricca e sviluppata;
- una vasta casistica di atti giuridici diversi che, in determinate situazioni, non producono gli effetti giuridici loro propri;
- la coincidenza generale e mai messa in discussione dalla dottrina (soprattutto a livello dello *ius civile*) fra nullità ed inesistenza degli atti giuridici non conformi al modello previsto dallo stesso diritto civile («actus nullus» = «actus non ullus»);
- una cospicua serie di rimedi funzionalmente orientati a togliere efficacia ai negozi giuridici considerati (per lo più) validi ed esistenti per il diritto civile, ma che l'ordinamento considera opportuno rendere inefficaci perché iniqui o dannosi⁶¹.

⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 2.

⁵⁸ Occorre ancora segnalare l'impostazione di chi ha preferito parlare di 'inutilità' piuttosto che di invalidità o annullabilità: L.M.A. DI CESARE, *Luci ed ombre dell'inutilità negoziale...* cit., pp. 1443-1447.

⁵⁹ Si segue qui la sintesi proposta da E. FINZI, *Studi sulle nullità...* cit., pp. 57-58.

⁶⁰ Bene interpreta la mentalità romana un noto passo del Gradenwitz: «Ciò che il diritto romano conosce è un atto giuridico che contrasta con il senatoconsulto Velleiano, un atto che cade sotto la sanzione dell'interdetto sulla *vis* o il *metus* o dell'antico divieto di donazioni fra i coniugi: ma è un mero caso che queste tre sanzioni abbiano uno stesso effetto» (cfr. E. FINZI, *Studi sulle nullità...* cit., p. 58).

⁶¹ Sul processo del periodo di Giustiniano cfr. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965 e le più recenti considerazioni sul processo dal periodo post-classico all'epoca giustiniana in A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*

Nel processo giustiniano, che è un processo ormai ben diverso dal sistema tradizionale, si riflettono in ordine alla validità o meno delle decisioni giudiziali questi principi generali, precipitato di secoli di lavoro della dottrina giuridica e della sua applicazione pratica, oltre che degli interventi più o meno puntuali della legislazione imperiale pregiustiniana⁶².

Si ritrova, infatti, nelle linee del processo desumibili dal *Corpus iuris civilis* l'equivalenza fra sentenza nulla e sentenza inesistente o, quantomeno, la nullità assoluta della sentenza stessa⁶³. Il regime della sentenza nulla è quello della imprescrittibilità e di un'inefficacia anch'essa assoluta e non limitabile. Come gli atti giuridici negoziali anche la sentenza risente della crescente produzione legislativa che ne condiziona in ampia misura la validità⁶⁴. Questo complesso di risultanze storiche sostanziali e processuali costituisce, dunque, l'eredità⁶⁵ più significativa dell'ordi-

nelle *cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1998 (con specifico riferimento ai rimedi contro le sentenze invalide alle pp. 226-227).

⁶² Così può argomentarsi a partire dalla lettura dei passi più importanti del *Corpus iuris* giustiniano intorno all'invalidità della sentenza: è su questi che si catalizza il lavoro interpretativo della dottrina giuridica medievale, alla ricerca di approdi meno rigidi rispetto al tenore letterale dei passi stessi, che, ritengo siano da leggersi nel complesso secondo l'ottica dell'equivalenza della nullità con l'inesistenza giuridica.

⁶³ Assume sempre maggiore rilievo la nullità della sentenza per contrasto con una norma giuridica precettiva, ed anzi si afferma la tendenza di fare rientrare la maggior parte delle figure di nullità della sentenza entro tale nullità «contra ius constitutionis». Tale principio viene recepito già in questo periodo dal diritto canonico, come si può leggere chiaramente dalle lettere di un pontefice come Gregorio Magno (590-604): cfr. J.J. NOONE, *Nullity in judicial acts. A historical conspects and a commentary*, Washington 1950, pp. 1-2.

⁶⁴ Si vedano in proposito le precise analisi di R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo...* cit., pp. 53-148. In line generale, infatti, pochi elementi vengono, in materia di invalidità, dall'alto medioevo: qualche accenno in P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna 1933, pp. 25-28 e pp. 204-210. Può essere utile richiamare in proposito due risalenti opere di area germanica, intrise di riferimenti romanistici: C.W. STRECKER-K.C. GUTBIRUS, *De sententia ipso iure nulla*, Erfordiae 1738 e H.M. VON BAR-DELEBEN, *De sententiarum nullitate commentatio giuridica*, Berlin 1838.

⁶⁵ Per tutti, si vedano: M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1994, pp. 45-65; M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 15-240; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. I. L'alto medioevo*, Roma 1995; P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 37-123; A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa. Il medioevo*, I, Padova 1995, pp. 59-193.

namento giuridico dell'epoca romana e pilastro solido da cui si leverà la costruzione del processo medievale propria dell'epoca del rinascimento giuridico seguito ai secoli dell'alto medioevo⁶⁶.

5. *Dall'eredità romana al periodo altomedievale: osservazioni generali e casi d'invalidità.*

Con la caduta dell'Impero romano ed il venire meno del suo diritto, mutò – com'è noto – radicalmente l'assetto giuridico complessivo dell'Italia e dell'Europa e, naturalmente, assunsero caratteristiche del tutto nuove anche gli ordinamenti concernenti la procedura, la giustizia e le decisioni giudiziarie. In rapida sintesi si può senz'altro affermare che nel sistema processuale di matrice germanica vengono a mancare i principi ispiratori stessi dell'invalidità giuridica della sentenza romana⁶⁷.

In primo luogo decade rapidamente, con il venir meno della scienza giuridica, la concezione della sentenza nulla come sentenza inesistente e come tale non efficace ed 'impugnabile' *in perpetuum*, sia in via principale che in via di eccezione. La sentenza romana, è un atto propriamente giuridico e come tale soggetto a valutazioni tecniche di una certa raffinatezza. La decisione del processo germanico è, invece, affidata all'assemblea o ad altri organi politici e segue la condizione «politica» propria delle decisioni di tali organi. Al principio della nullità assoluta della sentenza viziata del diritto romano si sostituisce il cosiddetto principio della «validità formale» della decisione assunta

⁶⁶ Per tutti, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 79-105 e A. CAMPITELLI, *Processo civile (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano 1987, pp. 79-87. Ha offerto recentemente un quadro generale sulla storiografia processualistica di argomento altomedievale L. LOSCHIAVO, *La risoluzione dei conflitti in età altomedievale: un excursus storiografico*, in *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico. Atti del Convegno di Studi, Teramo, 21-22 aprile 2004*, a c. P.A. BONNET e L. LOSCHIAVO, Napoli 2008, pp. 91-112.

⁶⁷ A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., p. 5.

(secondo la felice espressione coniata da Arthur Skedl)⁶⁸. A questo punto per il solo fatto di essere stata «approvata» dall'assemblea la decisione – anche se gravemente viziata – diviene inattaccabile: in quanto approvata non può concettualmente essere errata e perciò invalida⁶⁹.

Secondo la maggior parte degli studi sulla materia⁷⁰, in un procedimento non formalizzato come quello delle popolazioni germaniche, caratterizzato dallo strapotere delle istituzioni mi-

⁶⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 89-105; G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1904, pp. 131-188; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 119-125. Occorre qui rilevare la presenza di moltissimi ed ampi studi sul problema compiuti dalla dottrina tedesca, che hanno costituito la base delle ricerche compiute in Italia sul tema. All'interno della vasta produzione tedesca si rilevano sul punto della «validità formale» o meno della sentenza viziata altomedievale, alcune posizioni difformi. Sulla linea 'tradizionale' sono, fra i molti, gli studi di M.A. BETHMANN-HOLLWEGG, *Der Civilprozess des gemeinen rechts in geschichtlicher Entwicklung*, IV, Bonn 1874 e G.W. WETZEL, *System des ordentlichen civilprozess*, Leipzig 1878. Contraria è, invece, la posizione di W. SEELMANN, *Der Rechtszug im älteren deutschen Recht*, Breslau 1911, in specie pp. 91 ss. Per una sintetica ricostruzione, si vedano, ad un diverso livello, C. SCHWARZENBERG, *Processo civile (Storia del diritto)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino 1966, pp. 1139-1145 e N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 17-23.

⁶⁹ Gli studi pregevoli – soprattutto di origine tedesca – sul processo altomedievale si inseriscono in filoni di scritto volti soprattutto a ricostruire gli istituti cogliendo con nettezza gli elementi di origine romana e quelli di derivazione barbarica. Tale prospettiva può condizionare irrimediabilmente una più pacata analisi delle fonti, tendendo a sopravvalutare le testimonianze provenienti dal filone «prediletto». In Italia le due linee si rifanno soprattutto al celebre contrasto fra le scuole di Francesco Schupfer e di Nino Tamassia; cfr. E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano 1982, pp. 785-858; M.E. VIOIRA, 1928-1977, in «Rivista di Storia del diritto italiano» L (1977), pp. I-XXX. Con specifico riferimento al campo degli studi processualistici: M. TARUFFO-V. DENTI, *La rivista di diritto processuale civile*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16 (1987), pp. 631-664. Valide considerazioni anche in A. CAVANNA, *Vico fara arimannia nella storia di un vico longobardo*, Milano 1966.

⁷⁰ Oltre al 'classico' studio di G.P. BOGNETTI, *L'età longobarda*, I-IV, Milano 1966-1968, si vedano E. CORTESE, *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'alto medioevo...* cit., pp. 621-647 e ID., *Thinx, Garetinx, Thingatio, Thingare in Gaida et Gisil. Divagazioni longobardistiche in tema di legislazione, manomissione dei servi, successioni volontarie*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», LXI (1988), pp. 33-64. Cfr. anche F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, pp. 382-384.

litari e dalla loro supremazia come corpo politico ed al contempo giudiziario⁷¹, sembra emergere il nuovo principio della generale sanabilità ed incontrovertibilità (per un motivo di stabilità politica, ben prima che di coerenza tecnico-giuridica...) d'ogni tipo di vizio della sentenza o, secondo l'impostazione dello Skedl, quello della cosiddetta «validità formale» dei giudicati⁷². Tale piana impostazione, recepita per lo più acriticamente anche da maestri come Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei nei primi decenni del secolo appena trascorso⁷³, ha subito

⁷¹ Il principio della validità formale della sentenza viene recepito da quasi tutti gli studi in materia successivi allo scritto di Skedl della fine del secolo scorso (A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 5-51). Ne fa cenno anche la successiva sintesi di Claudio Schwarzenberg: «Nell'antico diritto germanico il processo si svolge davanti all'assemblea degli uomini liberi, alla quale, unica titolare di poteri giurisdizionali, era consentito conoscere tutte le vertenze che venivano portate al suo giudizio e di emettere, a tale riguardo, decisioni efficaci ed esecutive, ristrette, però, al solo ambito probatorio, con la peculiarità che chi affacciava queste pretese, era, in quanto uomo libero, membro stesso dell'assemblea, di modo che collaborava necessariamente e direttamente alla preparazione di quella decisione: se la decisione proposta dall'assemblea non era di suo gradimento, poteva disapprovarla ed opporvisi, prima, però, che la decisione sulle prove venisse approvata dall'assemblea e diventasse, in tal modo definitiva e obbligatoria» (C. SCHWARZENBERG, *Giurisdizione...* cit., p. 200). Tale schema interpretativo viene in genere applicato sia alla struttura originaria del processo delle popolazioni barbariche sia al periodo successivo. In questo sviluppo – come già in parte accennato – è difficile vedere espresso un concetto preciso di nullità o di invalidità, mentre si possono vedere casi impugnazioni anomale o di ricorsi straordinari all'autorità del sovrano (cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, *passim*). La mancanza di una qualche riflessione sull'invalidità della sentenza, d'altra parte, è inconcepibile in un sistema giuridico ove manca un *ordo* processuale in qualche modo formalizzato (e l'invalidità può atteggiarsi come difformità da esso) e manca pure – come noto – una riflessione tecnica e speculativa con intento classificatorio.

⁷² P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 91-104; A. COSTA, *La nullità della sentenza...* cit., pp. 228 ss. e F. DELLA ROCCA, *Le nullità...* cit., pp. 14-24.

⁷³ F. SEELMANN, *Rechtzug in älteren deutschen Recht*, Breslau 1911, §§ 61-79; A. ESMEIN, *La chose jugée dans le droit de la monarchie franque*, in «Nouvelle revue historique de droit français et étranger», XI (1887); P. FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel en droit roman et en droit français*, Versailles 1881. Alcune considerazioni critiche in C. BESSO, *La sentenza...* cit., pp. 36-37. «La scuola tedesca che, – come'è ovvio – ha il maggior merito nella ricostruzione degli istituti processuali degli antichi diritti germanici, pur avendo offerto un abbondante e convincente materiale probatorio a sostegno della esistenza dei due principi basilari della “validità formale della sentenza” e del “carattere legislativo dell'attività del magistrato”, non sembra, eppure, che

– comunque – qualche critica da parte di studiosi tedeschi e francesi⁷⁴.

Occorre però riconoscere all'impostazione tradizionale una sua efficacia al di là delle critiche che, pur fondatamente, le sono state mosse; l'affermarsi, infatti, del principio della «massima economia» processuale⁷⁵ descrive bene la dinamica di una società attenta alla prassi giudiziaria molto più che alla dottrina ed all'effettività delle soluzioni molto più che alla «legalità» delle stesse⁷⁶. È invece, difficile parlare di sentenze in senso tecnico per tali attività decisorie e di conseguenza le considerazioni proposte in materia d'invalidità devono essere prese con i «distinguo» che sono propri di fenomeni non direttamente paragonabili. Così è per il principio della validità formale delle decisioni che si afferma nel periodo altomedievale che è solo lontanamente paragonabile con i concetti di annullabilità e di provvisoria efficacia che caratterizzeranno l'evoluzione bassomedievale e moderna delle sentenze.

Da questo punto di vista si può aderire alle riflessioni proposte da Antonio Padoa Schioppa (con riguardo al diritto longobardo) proprio sul principio della validità formale della sentenza: «Lo Skedl, sostenendo la 'validità formale', aveva ricondotto al diritto dei Longobardi l'origine della 'querela nullitatis'

si sia resa conto della stridente antinomia prodottasi nella rielaborazione critico-storica da essa compita del processo antico colla contrapposizione dell'errore di diritto, come unico motivo determinante della nullità della sentenza, ai due principi cui si è sopra accennato. Neppure il Seelmann, nel confutare la teoria dominante imperniata sui detti due principi, sostenendo tra l'altro (per quanto si riferisce al particolare argomento dei motivi di nullità) che sentenza nulla fosse equivalente di sentenza inesistente nel caso di sua ingiustizia, ha toccato in alcun questo che a me pare essere l'unico punto debole e vulnerabile della teoria avversaria, sfruttandolo magari, se non proprio per ricostruire una diversa nozione delle nullità della sentenza, per corroborare almeno i suoi argomenti critici, rivolti alla demolizione della *Urteilschelte*, intesa come mezzo impeditivi della formazione della sentenza, e della "validità formale della sentenza" e alla dimostrazione del carattere esclusivamente privatistico della cosa giudicata» (F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., p. 17).

⁷⁴ L'espressione è di un processualpenalista molto attento alla dimensione storica del diritto come F. CORDERO, *Guida alla procedura...* cit., Torino 1986, p. 441.

⁷⁵ P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 39-85.

⁷⁶ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 170-171.

del diritto comune poiché il ricorso sarebbe stato ivi prescritto in ogni caso, non soltanto per la sentenza ingiusta, ma anche per quella formalmente invalida; ma non vi sono prove ... che il re abbia avuto presente anche il caso delle sentenze 'formell fehlerhaft', oltretutto i più normali casi di sentenze errate, ingiuste od inique. E comunque, riguardo all'asserito principio della 'validità formale', l'appello avrebbe potuto costituire, anche nel caso della sentenza invalida, un semplice mezzo a disposizione della parte per farne dichiarare la nullità»⁷⁷.

In questa linea di riflessione critica va segnalata anche la sottolineatura di Piero Calamandrei sull'istituto della «disapprovazione» della sentenza, in cui l'autore fiorentino giunge a cogliere qualche affinità con la futura querela di nullità: una maggiore cautela permette a mio parere di cogliere più correttamente la natura dei due rimedi e della loro evoluzione nell'epoca medievale⁷⁸.

Nel corso dei secoli, peraltro, si può osservare la riemersione dell'istituto dell'*appellatio* e ad una lenta, ma radicale, modifica del criterio della validità formale, favorito pure dall'importante fenomeno di accentramento del potere carolingio, regio prima ed imperiale poi⁷⁹.

L'istituto della «disapprovazione» – *Urteilsschelkete* – si avvicina per alcuni aspetti a quello dell'*appellatio*, da rivolgersi non più in via preventiva all'assemblea, ma *ex post* quale reclamo ad un giudice superiore, in un contesto in cui la decisione non proviene più da un organo politico e collegiale come l'assemblea, ma da un giudice inferiore, per di più monocratico⁸⁰. Peraltro, rife-

⁷⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei giurista storico*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi per un grande maestro*, a c. P. BARILE, Milano 1990, pp. 3-30.

⁷⁸ Per tutti, si vedano: M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 117-190 ed E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp. 119-170.

⁷⁹ Si vedano, per tutti, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 105 ss.; P. FIORELLI, *Appello (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958, p. 714; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 120 ss.

⁸⁰ Il tema è sterminato: mi limito a rimandare alle osservazioni problematiche di G.S. PENE VIDARI, *Un problema sempre aperto...* cit., pp. 55-65; P. PRODI, *Una storia della giustizia...* cit., pp. 107-154; T. SORRENTINO, *Storia del processo penale. Dall'Ordalia all'inquisizione*, Soveria Mannelli 1999 e N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 17-44.

rendosi ad un eventuale sviluppo delle invalidità della sentenza nel periodo altomedievale occorre domandarsi se in tale lungo periodo si possa parlare di sentenza con qualche riferimento certo alla nozione che comunemente si utilizza nell'ambito del discorso giuridico; questa definizione generica di sentenza postula la presenza necessaria di alcuni elementi senza i quali è arduo poter pensare di parlare di sentenza. Anzitutto, richiede la presenza di un giudice, di un decidente che operi sulla base di un minimo di tecnica e di ragionamento giuridico: ci si muove, cioè in un contesto caratterizzato dalla presenza di una – anche minima – elaborazione teorica da parte dei giuristi⁸¹.

In secondo luogo, occorre che la pronuncia abbia specifico valore decisorio con riferimento al caso concreto, differenziandosi almeno in qualche modo dalle attività specificamente «amministrative». Se evidentemente è impensabile considerare tali ambiti di attività distinti come nell'epoca moderna, è comunque rintracciabile una qualche differenziazione di finalità e di funzioni delle attività delle autorità in quasi tutte le epoche della nostra storia giuridica. Queste considerazioni, che interessano da vicino la natura della *iurisdictio*⁸² medievale, portano a riflettere sulla presenza di vere e proprie sentenze nel senso 'tecnico' sopra delineato nell'alto medioevo. La presenza di attività di giudizio di vastissime proporzioni è senz'altro indubitabile, ma occorre individuare la natura giuridica dei verdetti pronunciati dai «giudici» altomedievali⁸³.

⁸¹ In generale cfr. P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969 (rist. Milano 2002).

⁸² Chi sono questi giudici? Con riguardo alle giurisdizioni laiche, cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo... cit., passim* (ed ampia bibliografia ivi contenuta alle pp. 515-597); per i giudici ecclesiastici si vedano esemplificativamente: J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Milano 1998, pp. 205-325 e O. CONDORELLI, *Ordinare-Iudicare. Ricerche sulle potestà dei vescovi nella Chiesa antica e altomedievale (secoli II-IX)*, Roma 1997.

⁸³ Quella del giudizio inteso come garanzia della giustizia e dell'ordine giuridico «naturale» è attività di primario rilievo fra quelle esercitate dal *princeps* altomedievale, ma è un'attività da intendersi come «politica» in senso lato, imparagonabile – per l'assenza di tecnica e di ragionamento giuridico – all'attività giudicante dell'epoca del diritto comune (per tutti, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico... cit.*, pp. 87-98 e pp. 130-144).

Senz'altro tali giudici non sono giuristi, ma al più pratici del diritto o, in genere, politici o militari⁸⁴. Anche l'istituto del ricorso all'autorità regia o imperiale che tende a diffondersi in Europa a partire soprattutto dall'epoca carolingia coinvolge l'autorità suprema in un giudizio di equità e di benignità che poco ha a che fare con l'appello romano o con l'appello del periodo dei glossatori⁸⁵. Se nelle compilazioni barbariche altomedievali si parla talora di *iudex*, occorre comunque notare che si intende – per lo più – con questa formulazione la presenza di un soggetto chiamato ad accertare il risultato di un duello giudiziario che ha coinvolto due parti molto più che una compiuta attività istruttoria e decisoria, come sarà, invece, in seguito⁸⁶.

Qualche parola per i giudici ecclesiastici. Come è noto, la cultura altomedievale è in gran parte cultura ecclesiastica in genere e monastica in specie; ma di cultura giuridica ve n'è poca anche in ambito ecclesiastico e monastico. Si tratta per lo più di una cultura volta ad affinare gli strumenti penali e penitenziali dell'embrionale diritto canonico e da questo punto di vista si deve notare una generale indistinzione della valutazione degli aspetti giuridici, teologici e morali (foro interno e foro esterno) che impedisce la visualizzazione di un'autonoma dimensione giuridica⁸⁷. Inoltre, le scarse norme processuali sono per lo più ancora allo stadio di consuetudine, la decisione delle cause è quasi

⁸⁴ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 1-20.

⁸⁵ Sinteticamente, C. SCHWARZENBERG, *Giurisdizione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, pp. 200-218; inoltre (con riguardo anche alla commistione fra attività negoziali e processuali) cfr. G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, I, Torino 1992; N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., *passim*; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, in specie pp. 109-204 e F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo. Legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*, Milano 1968.

⁸⁶ P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in «Annali della Facoltà giuridica. Università di Macerata», n.s. 1 (1966), pp. 94-134.

⁸⁷ In specie l'ordalia, su cui cfr. F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino 1890. Ha osservato acutamente Tullio Scovazzi che la Chiesa accettò tale pratica barbarica e pagana facendo – per così dire – «di necessità virtù»: T. SCOVAZZI, *Processo e procedura nel diritto germanico*, in *Scritti di storia del diritto germanico*, II, Milano 1975, pp. 121-215.

sempre orale e fondata non su un procedimento definito, mentre la valutazione delle prove è spesso fondata sulla presa d'atto del risultato di un «giudizio di Dio»⁸⁸. Qualche barlume di «giuridicità» si può riscontrare nelle decisioni dei vescovi⁸⁹ e dei grandi abati (anch'essi dotati, di fatto o di diritto – comunque – di prerogative vescovili)⁹⁰.

Queste poche annotazioni ci possono fare comprendere come le tre grandi categorie di verdetti giudiziali dell'alto medioevo – quelle dei giudici barbarici (singoli o assembleari), quelle dei sovrani e quelle ecclesiastiche – non hanno le caratteristiche delle sentenze nel senso sopra evidenziato. Non rientrano nello schema ipotizzato ciascuna per motivi diversi, ma così è in tutti i casi. Occorre peraltro non cadere nel rischio opposto: cioè quello di compiacersi troppo di classificazioni formali limitandosi ad un'impostazione meramente tecnica (o tecnicista) ed inevitabilmente formalista. Il diritto, infatti, oltre che tecnica e ragionamento è ordine, è la veste di ogni civiltà, è l'insieme di mezzi previsti per assicurare la convivenza civile e realizzare la *iustitia*. In questo senso un discorso sulla validità o meno delle pronunzie giudiziali, dei verdetti costruiti per assicurare la giustizia ai consociati deve valutare anche la concreta funzione dei diversi verdetti altomedievali alla luce del loro scopo e della loro previsione, accettata, in qualche modo, dalle diverse popolazioni coinvolte.

Perciò, se anche la gran parte delle decisioni presenti nel campo civile ed ecclesiastico nell'alto medioevo può non rientrare nella definizione di sentenza tecnicamente definita, ma svolge comunque la stessa funzione all'interno dell'ordinamento al fine di risolvere le controversie e contribuire ad assicurare la giustizia. Per cui il discorso tecnico non può essere fine a se stesso, ma d'al-

⁸⁸ Sulla giurisdizione dei vescovi, cfr. G. VISMARA, *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Milano 1937.

⁸⁹ Si veda per tutti G. PENCO, *Storia del monachesimo in Italia dalle origini alla fine del Medioevo*, Roma 1961; alcune indicazioni anche in P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano*, Firenze 1957.

⁹⁰ Si veda per tutti, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 11-33.

tra parte non è mai inutile interrogarsi sul diverso modo di presentarsi del diritto nei diversi periodi della storia⁹¹. Infatti, se occorre rifuggire dall'eccesso di formalismo, si può comunque evitare di affermare che non esista diritto senza forma; al più si può dire che la forma può essere diversa, al limite spingersi al di là di quello che oggi si definisce diritto in senso stretto⁹². Le semplici considerazioni di seguito proposte si prefiggono, pertanto, l'obiettivo di individuare l'evoluzione dell'invalidità, proprio tenendo conto di queste osservazioni e considerando che si parlerà di inefficacia, impugnabilità, invalidità, etc. di atti che hanno solo qualche caratteristica delle sentenze in senso tecnico.

La caduta dell'Impero romano d'Occidente, le invasioni barbariche nella penisola e la decadenza del diritto romano recarono – com'è noto – la crisi irreversibile del modello processuale romano. Scomparvero così ben presto i tradizionali strumenti di impugnazione⁹³ della sentenza e quelli che rimasero (al limite)

⁹¹ Per indicazioni sul concetto di «forma» si vedano, sinteticamente, A. CARLINI, *Forma*, in *Dizionario delle idee*, Firenze 1977, pp. 447-451; osservazioni preziose in R. AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976; ID., *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici. I. Le radici medievali dell'attualità*, Napoli 1999, *passim*. Cfr. pure A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant*, Padova 1962; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965 e più recentemente E. GENTA, *Principi e regole internazionali tra forza e costume. Le relazioni anglo-sabaude nella prima metà del Settecento*, Napoli 2004, pp. 85-142.

⁹² Si diffonde, ad esempio, l'istituto della *reclamatio*, sulla cui natura si è parecchio discusso: si può concludere nel senso della negazione a tale rimedio particolare della natura di azione di mero accertamento: cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità...* cit., pp. 14-21.

⁹³ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 109-127. Si impone a questo punto una breve precisazione di carattere generale. I pochi spunti qui offerti si fondano su un sommario esame della più nota ed edita documentazione delle popolazioni barbariche e dei risultati degli studi in materia (per lo più ormai risalenti), considerate per lo più dotate di caratteri comuni o almeno paragonabili. Ciò è utile dal punto di vista espositivo e solo una ricerca specificamente destinata all'alto medioevo (come quella pregevole di Romano Ferrari Zumbini sulla denegata giustizia) potrebbe giustificare uno studio analitico delle diverse legislazioni, consuetudini e documenti delle diverse precisazioni. La tradizionale idea – su cui cfr. F. CICCAGLIONE, *Carattere popolare della sentenza nei popoli germanici*, in «Il Filangieri», (1887) – di una sostanziale unitarietà delle esperienze giuridiche delle diverse popolazioni barbariche risulta

– come l'appello⁹⁴ – mutarono radicalmente forma e sostanza e venne meno, in parallelo, il principio fondante del diritto romano in tema di invalidità processuali: l'equiparazione della nullità con l'inesistenza giuridica⁹⁵.

Lo stravolgimento degli istituti processuali romani fu assai netto con il diffondersi delle consuetudini e delle legislazioni barbariche, entro le quali è possibile cogliere qualche spunto nuovo anche in materia di decisioni giudiziali invalide⁹⁶.

Qualche esempio di quanto esposto si può qui presentare con riferimento alle compilazioni longobarde, ai capitolari franchi ed a qualche atto privato. Si tratta di testimonianze – di non grande interesse, a ben vedere – presenti nelle diverse legislazioni che condizionano in vario modo il diritto nell'epoca alto-medievale, in cui emergono alcuni casi isolati di sentenze invalide, utili da menzionare, ma che non rappresentano in alcun modo la base per una generalizzazione a fini sistematici. Esse costituiscono in ogni caso la testimonianza del permanere di una minima «sensibilità» tecnico-giuridica, che si svilupperà poi in epoca preirneriana⁹⁷.

in parte superata (si veda G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto Medioevo*, Bari 1951 e M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici...* cit., pp. 67-190). Impostazione condivisibile è quella, ad esempio di Nicoletta Sarti, che parla del periodo protomedievale come epoca delle «giurisdizioni parallele»: N. SARTI, *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, Milano 1995, pp. 39-72).

⁹⁴ Specificamente A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 1-4; F. DELLA ROCCA, *Le nullità...* cit., pp. 3-14; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 23-34.

⁹⁵ La quasi totalità della storiografia giuridica fa riferimento per l'alto medioevo alla decisione delle controversie fra i popoli barbarici, trascurando in genere sia lo sviluppo delle impugnazioni in ambito ecclesiastico che le tracce della cultura bizantina. Eccezioni a tale impostazione sono il volume di Padoa Schioppa (cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 205-236) e i saggi di alcuni studiosi del diritto romano come F. GORIA, *La giustizia nell'Impero romano d'oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo, (secoli V-VIII)*, Spoleto 1995, pp. 259-330.

⁹⁶ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 205-262.

⁹⁷ Ci si riferisce a *Codex Euricianus*, 277, 6 (ed. A. D'ORS, Roma-Madrid 1960, p. 21) su cui si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 115-116: «Sebbene il dettato originario sia soltanto congetturabile, sembra certo che la distinzione fondamentale tra la corruzione e l'errore del giudice, la sanzione penale nel

Nelle fonti e nella prassi giudiziaria occidentale di origine germanica i casi presenti valgono peraltro già ad ipotizzare (con la debita cautela necessaria) una prima inversione di tendenza rispetto alle fattispecie d'invalidità presenti del *Corpus iuris* giustiniano. Si può, infatti, rilevare che in linea di massima le decisioni giudiziali provenienti da una pubblica autorità non vengono più considerate ordinariamente attaccabili e sono ritenute formalmente intangibili, per cui eventuali loro mancanze vengono praticamente ad essere irrilevanti ed a sanarsi al momento della pronuncia della decisione.

Come già ricordato, prevale il principio della cosiddetta «validità formale» delle decisioni, che – peraltro – non deve assurgere a criterio assoluto e del tutto generalizzabile; è sottoposto a qualche deroga in alcune esperienze storiche (come quelle visigotiche) ed inoltre si può osservare in altri casi la presenza di sentenze invalide, ma sanabili (come nel Codice Euriciano)⁹⁸.

Sulla stessa linea si collocano la *Lex Visigothorum* e la *Lex Baiuvariorum*, che prevedono la sanzione dell'invalidità della sentenza per le decisioni ingiuste per ignoranza del giudice; circa il regime dell'invalidità si ritiene che la sentenza sia semplicemente annullabile e non assolutamente nulla⁹⁹. In linea generale il principio dell'invalidità della sentenza ingiusta rimase fermo nel diritto visigotico fino al VII secolo¹⁰⁰. Si tratta, in effetti, di

primo caso e la nullità della pronuncia nel secondo, fossero già nel testo euriciano. ... È un intervento interessante, lontano dal principio fondamentale del diritto romano, ove la nullità della sentenza non poteva sanarsi».

⁹⁸ «Sin autem per ignorantiam iniuste iudicaverit et sacramentis se potuerit excusare, quod non per amicitiam vel cupiditate aut per commodum quolibet, sed tantumdem ignoranter hoc fecerit: quod iudicabit non valeat, et ipse iudex non implicetur in culpa» (*Lex Visigothorum*, II,1,21, p. 69). Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 120-121, con riferimento anche al passo parallelo della *Lex Baiuvariorum*, II, 18.

⁹⁹ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., pp. 123-124 (in specie nt. 65). Si veda anche R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo...* cit., pp. 71-73. Si veda anche *Lex Visigothorum*, II,1,29.

¹⁰⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., p. 100 e A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, p. 121, nt. 57.

casi che si discostano dallo stretto criterio della piena formalità e validità delle decisioni, ma per la loro specificità, non valgono certo a contestarlo sul piano generale, quanto, piuttosto a confermarlo come eccezioni ben definite¹⁰¹.

Interessante è ancora quanto si può trovare, nella legislazione dei Franchi, in cui emerge – in alcuni casi specifici – la violazione della *lex* come causa di ingiustizia e di conseguente invalidità di una decisione giudiziale; i casi sono assai rarefatti e costituiscono eccezione al principio generale della validità formale delle decisioni¹⁰².

Infine, la legislazione longobarda: non appaiono espressamente casi di nullità o di impugnativa della sentenza, per cui risulta arduo stabilire se valesse *in toto* il principio della validità formale o se si potesse proporre un ricorso per accertarne l'eventuale nullità. Si è anche ipotizzato (ad esempio dallo stesso Arthur Skedl), la presenza di una vera e propria *querela nullitatis*, ma ciò non è dimostrabile in alcun modo, poiché non trova riscontri nelle fonti e nei documenti dell'epoca¹⁰³.

Accanto allo scorcio delle fonti germaniche occorre, comunque, non tralasciare del tutto da un lato le compilazioni di stampo romanistico-preirneriane e da un altro le compilazioni orientali post-giustinianee che trovano comunque applicazione in Italia nei territori soggetti all'Impero d'Oriente¹⁰⁴.

¹⁰¹ Alcuni casi sono riportati ed adeguatamente valutati da A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 142-148.

¹⁰² A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde ...* cit., pp. 30-33; apprezzabili valutazioni di sintesi in A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 170-171.

¹⁰³ M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici...* cit., pp. 191-227. Di queste ultime si dirà qualche cosa subito, delle fonti preirneriane si farà cenno nel capitolo successivo già proiettato alla rinascita romanistica ed al periodo dei glossatori.

¹⁰⁴ Per la cosiddetta *Summa Perusina* (che costituisce una sorta di sintetico *col-lage* di passi romani, evidentemente utilizzati anche nell'alto medioevo) utilizzo l'edizione di Federico Patetta: *Adnotationes Codicum Domini Justiniani (Summa Perusina)*, a c. F. PATEA, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», XII (1900). «In omnes dies feriatis nichil a iudicibus fieri iniungantur a privatis; quod factam fuerit, irritum sit» (p. 71). «De sententiis ex periculo recitandis. ... Sententiam arbitrum si scripsit et non relegit, invalidum est» (p. 240). «De sententiis et interlocutionibus omnium iudi-

Nella *Summa Perusina*¹⁰⁵, al di là di una generale indistinzione dei concetti, si ravvisano un certo numero di fattispecie d'invalidità della sentenza, a partire dalla nullità delle sentenze pronunciate nei giorni festivi¹⁰⁶, le pronunzie invalide degli arbitri¹⁰⁷ ed altre invalidità generali presenti nel titolo dedicato specificamente alla sentenza (con riferimento ai passi del libro VII del *Codex* – di cui la *Summa* costituisce una breve e incompleta riproposizione – dedicati al processo e alla sentenza)¹⁰⁸. Si evi-

cum. ... Si quid contra ordinem iudicarium iudicatur, invalidum est. ... Iudex absente officium iudicavit, invalidum est. ... Si iudex sacramentum iudicavit dare, et non quid postea observetur, invalidum est ... Que contra leges iudicatae sunt a iudicibus vel a prefecto, retractari licet» (pp. 241-242). «De sententia, quae sine certa quantitate prolata est. ... Incertus iudicatus solvitur et non potest totam summam debiti cum usuris solvi: si quantitatem in iudicio non declarata est, totum invalidum est» (p. 242). «Si non a competenti iudice iudicatum esse dicatur. ... Bellator iudex si civilem causam iudicavit, absque appellationem invalidum est. ... Si in rem certam datus est iudex, alia iudicare non potuit» (p. 243). Infine: «Comminationibus epistolas programmata subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non haberet. Iudicatus si terrorem interpositum habet, valere non potest. Iudex si per epistulas iussit aliquem reddere, exigi non potest. Subscripto iudicato ab ipso retractari non potest. Quae addictus es, si solutionem non ostendis et si consensisti, quae iudicata sunt persolvis. Iudex si absque inquisitionem sententiam iussit te in fundus ingredi, validum non est. Iudex si in pariete ponat scriptum quasi iudicatum vel terrores, invalidum est. Iudicatus in paucis litteris comprehensum temere non valet» (p. 246).

Circa il trattamento delle sentenze ed il regime giuridico delle invalidità previsto dalla *Summa*, il passo di riferimento è il *De sententiam rescindi non posse*: «Si non appellat, alterius iudicatum retractari non licet, nec suum. Peremptoriam exceptionem in finem obici possit: legitima aetate si non appellasti, iudicatus resolvi non potest» (p. 243). Si può rilevare un precoce utilizzo dell'appello come strumento di impugnazione, su cui cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 5-20. Sulla *Summa*, cfr. E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 148-149.

¹⁰⁵ «In omnes dies feriatis nichil a iudicibus fieri iniungantur a privatis; quod factum fuerit, irritum sit» (*Adnotationes...* cit., p. 71).

¹⁰⁶ «De sententiis ex periculo recitandis. *Lex*. 1 *Impr. Valerianus et Galienus aa. Quintio*. Sententiam arbitrum si scripsit et non relegit, invalidum est. ... *Lex* 3. *Idem a. et c. ad Probum pp.* Causa scriptis dicta in verbo denunciata invalidum est» (*Ibidem*, pp. 240).

¹⁰⁷ *Adnotationes...* cit., pp. 239-255. Occorre notare che in queste compilazioni la recezione dei passi romani avviene in molti casi travalicando la piena consapevolezza del significato giuridico delle disposizioni riportate.

¹⁰⁸ «De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum *Lex* 1. ... Causam, quem procurator dixit, eum absentem inter principales personas iudicatum est, nichil est...

denzia anzitutto la nullità del giudizio non rispettoso dell'ordine giudiziario stabilito¹⁰⁹, l'impugnabilità delle decisioni assunte *contra leges*¹¹⁰ e la nullità della sentenza dal contenuto incerto¹¹¹. La validità della decisione dipende, anzitutto dal rispetto delle 'regole' sulla competenza del giudice:

«Si non competenti iudice, iudicatum esse dicatur. ... Iudex si ea, quae illi non sunt commissa, iudicavit, invalidum est. ... Bel-lator iudex si civilem causam iudicavit, invalidum est»¹¹².

Si può notare l'emergenza di una esigenza di certezza per le parti in ordine all'organo giudicante: la violazione di tale principio comporta l'invalidità della decisione, così come comporta nullità la sentenza resa da un giudice militare in una causa civile. In linea con la tradizione romanistica, di cui la *Summa* è espressione (e ben differentemente dalle fonti germaniche), assume rilievo pure lo stato soggettivo del giudicante¹¹³, con riferimento diretto alla non attitudine della sentenza invalida ad assumere un qualsiasi valore di giudicato¹¹⁴. La sentenza emessa da un sog-

Lex 2. ... Iudex liberi causam iudicavit; si post servus inventus est, preiudicavit, infirmum est. *Lex* 3. ... Iudicatus in suspensus datus invalidum est. *Lex* 4. ... Si quid contra ordinem iudicarium iudicatur, invalidum est. ... *Lex* 6. ... Iudex absente [iudicium] officium iudicavit, invalidum est. ... *Lex* 11. ... Si iudex sacramentum iudicavit dare, et nonquid postea observetur, invalidum est» (*Ibidem*, pp. 241-242). Si tratta di una enunciazione di motivi di invalidità che tornerà con esasperante (ma significativa) monotonia in tutti i glossatori, che daranno un certo rilievo a tali *errores in procedendo*, derivanti dalla violazione del complesso dell'*ordo* romano-canonico, sedimentatosi nel corso dei decenni nei tribunali laici ed ecclesiastici.

¹⁰⁹ «*Lex* 13. ... Que contra leges iudicatae sunt a iudicibus vel a prefecto, retractari postest» (*Ibidem* p. 242). Qui compare, invece, *in nuce* l'*error in iudicando*.

¹¹⁰ «Incertus iudicatus solvitur et non potest totam summam debiti cum usuris solvi: si quantitatem in iudicio non declamata est, totum invalidum est» (*Ibidem*, p. 242).

¹¹¹ *Ibidem*, p. 242.

¹¹² Come già richiamato (cfr. *supra*, nota 114) il titolo «Cominationibus epistolas programmata subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non haberet» è di una certa importanza e riporta un certo numero di previsioni d'invalidità della sentenza

¹¹³ In generale, L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del diritto canonico (Dalle origini al XVII secolo)*, Padova 1972, pp. 9-22.

¹¹⁴ Si vede come per chiarezza di un giudizio si esigono sempre due elementi: un retto criterio ed una conoscenza del fenomeno da giudicare secondo l'interesse dei

getto giudicante non libero nel suo convincimento o per terrore incusso o per mancanza di analisi degli elementi della causa¹¹⁵ non è valida e pertanto non ha mai valore di cosa giudicata¹¹⁶.

Ulteriori cause d'invalidità discendono dalle fattispecie costruite per evitare un uso inutile o abnorme del rimedio dell'appello (titolo «Quando provocare necesse non sint»)¹¹⁷. Ci si riferisce in tutti i casi riportati a situazioni estreme e di evidente insussistenza giuridica della decisione per mancanza dei più elementari doveri di correttezza processuale (con evidenza nei casi corruzione e di negligenza palese del giudice)¹¹⁸. Il carattere dell'evidenza e della notorietà come attributi fondamentali della valutazione della validità della sentenza risulta chiaro anche in una fattispecie ulteriore: «Si iuste ratione debetur publico appa-

suoi fattori. Solo a queste condizioni un giudizio è tale e può essere definito giusto quando i retti criteri vengono correttamente utilizzati con riferimento al caso in questione. Si ricade altrimenti in un errore e – nel caso della sentenza – la pronuncia è viziata da *error in iudicando*. Cfr. P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto intermedio*, in «Rivista critica di scienze sociali», I-8/9-12 (1914), pp. 373-393, 437-471 e 501-540 (anche in Id., *Opere giuridiche*, Napoli 1979, VII, pp. 147-243, specificamente per il punto in questione, pp. 168-183).

¹¹⁵ Cfr. *Adnotationes...* cit., p. 246. A margine un'osservazione generale. Si può notare il servile ossequio alle fonti giustinianee (del *Codex* specialmente) nella struttura delle osservazioni contenute in questi testi più antichi, dove si distingue nell'impostazione fra *Iudex*, *Praefectus*, *Arbiter*. Tale distinzione, evidentemente, non aveva più ragion d'essere nel medioevo, vista la scomparsa del *Praefectus*, oltre alla mutata considerazione dell'arbitrato nel medioevo rispetto al diritto romano (su quest'ultimo aspetto si vedano. L. MARTONE, *Arbiter arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984, pp. 3-60 e V. PIANO MORTARI, *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, pp. 895-899).

¹¹⁶ «Quando provocare necesse non sint. ... Si magistratus dixit te curialem esse, si non appellasti, non tibi est preiudicium, quia sententia non est data. ... Si intra dies constitutos deputatus est iudicare, post diem constitutum iudicavit, absque appellatione».

¹¹⁷ Le fattispecie d'invalidità della sentenza resa da giudice corrotto costituiscono un ambito tematico di rilievo per lo studio delle invalidità della sentenza nel periodo dei glossatori. Quasi tutti gli autori dedicano attenzione a questo problema. Con riferimento alle patologie della decisione, la maggioranza – come anche si vedrà in seguito – propende per la nullità, pur ponendosi il caso di una sentenza giusta ed ineccepibile nel suo dispositivo anche se resa da un giudice corrotto (cfr. M. LUCCHESI, *Giustizia e corruzione nel pensiero dei glossatori*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXIV (1991), pp. 157-216).

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 253.

rueris, appellare te non licet»¹¹⁹. Già Aristotele¹²⁰ aveva affermato, infatti, che è da uomini insani utilizzare energie per accertare quello che emerge come evidente, nel primo caso citato l'invalidità della sentenza, nel secondo la correttezza della decisione: in entrambe le situazioni qui menzionate l'appello è evidentemente inutile.

Nei *Basilici*, infine, poco spazio è dedicato alla materia processuale e pochissimo si può trovare sulle impugnazioni delle sentenze¹²¹, mentre si trova riprodotto il principio romano della nullità assoluta delle sentenze *contra legem*¹²².

In linea generale, perciò, nelle fonti di derivazione latina ed orientale (come si è visto dall'esempio della *Summa Perusina*) poco si dice in tema di sentenza invalida, riproducendo al più qualche istituto di derivazione classica o giustiniana adattato peraltro al nuovo contesto istituzionale¹²³.

Nelle fonti e nella prassi giudiziaria occidentale di origine germanica, invece, i diversi casi d'invalidità presenti valgono ad individuare (con le debite cautele necessarie già dichiarata) una generale inversione di tendenza rispetto alle fattispecie d'invalidità presenti del *Corpus iuris*. Si può infatti rilevare che in linea di massima le decisioni giudiziali provenienti da una pubblica autorità non vengono considerate ordinariamente attaccabili (o impugnabili) e sono ritenute formalmente intangibili, per cui eventuali loro mancanze vengono praticamente ad essere irrilevanti ed a sanarsi al momento della pronuncia della decisione, data l'autorità da cui provengono. La sanzione dell'invalidità non viene presa in considerazione da un sistema giudiziario in cui il giudicato trova la sua forza (e conseguente intangibilità) dall'autorità indiscutibile e pressoché assoluta dell'organo giudicante.

¹¹⁹ ARISTOTELE, *Topici*, I, 11, 105°, 3/7.

¹²⁰ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 230-231.

¹²¹ Cfr. *Practica ex actis Eustathii Romani. Epitome legum*, a c. C.E. ZACHARIE, Atene 1931 (rist. an. Aalen 1962), XIV,60 e L,14 e *Jus graecoromanum*, a c. J. ZEPI-P. ZEPI, Atene 1931 (rist. an. Aalen 1962), p. 363 e p. 585: viene richiamato pressoché integralmente il passo riportato in C. 7,63,2.

¹²² Emblematico il caso delle sentenze nulle *contra legem*.

CAPITOLO SECONDO

LA «RISCOPERTA» DELLE INVALIDITÀ AGLI ALBORI DELLA SCUOLA BOLOGNESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le prime testimonianze di derivazione romanistica. – 3. La tradizione longobardistica e le opere franco-provenzali. – 4. Il contributo fondante irneriano.

1. *Premessa*¹.

Com'è noto il periodo precedente alla rinascita bolognese si caratterizza per una scarsità di fonti; inoltre «le poche tracce scritte di interpretazione della compilazione giustiniana si limitano a riassumere in termini semplificati e davvero primitivi, non senza omissioni ed errori ben visibili, i testi di legge»². Peraltro, tale situazione non deve far pensare ad una completa assenza di operosità da parte degli operatori del diritto.

Per quanto riguarda il campo specificamente processuale, le compilazioni preirneriane si occupano soprattutto di argomenti come il sistema delle azioni³ o i giuramenti (che coinvolgono da vicino considerazioni etiche e religiose che sono in primo piano

¹ Per un quadro generale del periodo antecedente alla rinascita bolognese si vedano, per tutti, M. BELLOMO, *Società e Diritto...* cit., pp. 245-260; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 222-227 e pp. 243-283; E. CORTESI, *Il diritto nella storia...* cit., II, pp. 24 ss.

² A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto...* cit., p. 66.

³ Cfr. A. ERRERA, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna 1995, pp. 97-166. Di un certo interesse, per un quadro di alcuni istituti processuali nell'epoca altomedievale, si veda L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano 2004, in specie pp. 75-238.

nell'epoca della riforma gregoriana)⁴, preludendo alla costruzione dell'*ordo iudiciarius*⁵, che sarà il frutto del successivo lavoro della prassi, dei giudici, dei notai e della riflessione della scuola canonistica⁶. Già nel corso del secolo XII si può vedere una certa uniformità nel procedimento utilizzato sia nei tribunali laici (in specie cittadini) che in quelli ecclesiastici (in specie vescovili)⁷. Ed in ogni caso anche nelle prime testimonianze della

⁴ Fra i molti, si può rinviare alla sintetica e precisa ricostruzione del valore della cosiddetta «Riforma gregoriana» in ambito giuridico di A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia...* cit., pp. 177-193, e ID., *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica: alcune riflessioni*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano 1995, pp. 2045-2077.

⁵ La visione dinamica e processuale del diritto sarà centrale per il diritto comune fin dai primi glossatori; ciò non significa che automaticamente e fin da subito i glossatori si occupino con dovizia di particolari di istituti precisamente processuali come la sentenza e la sua validità o invalidità. Cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella storia...* cit., II pp. 378-379, che insiste sul fatto che nel filtro del processo medievale passa tutto il diritto; sulla stessa linea, fra i molti, G. ROSSI, *Duplex est usufructus. Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune. 1. Dai glossatori a Bartolo*, Padova 1996, p. 121: «Resta da osservare come ... trovi conferma il ruolo primario e decisivo attribuito dalla *scientia iuris* medievale al versante processuale, al fine di qualificare compiutamente e correttamente la natura delle diverse situazioni soggettive, secondo un *iter* logico che parte invariabilmente dalla preliminare individuazione dei mezzi di tutela previsti nei singoli casi, poiché – con una impostazione esattamente inversa a quella tipica dei giuristi moderni, ed esattamente attenta a cogliere la complessità ed insieme l'unitarietà del fenomeno giuridico – l'azione giudiziale non viene mai ricollegata estrinsecamente ed in modo estemporaneo ad un determinato diritto, ma si ritiene, anzi, che l'interprete possa delineare i contorni di questo soltanto facendo tesoro degli elementi che si possono evincere dall'analisi di quella, nella convinzione di non poter accantonare superficialmente il momento della difesa giudiziale, relegandolo concettualmente in una posizione subordinata e strumentale, quando proprio in esso pulsa maggiormente la vita giuridica reale e si dispiegano con grande evidenza i caratteri salienti degli istituti all'esame».

⁶ Fra i molti, si vedano: A. CAMPITELLI, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII*, Milano 1970; G. NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai preimeriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Milano 1991 ed ora anche N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 199-205.

⁷ Tale giudizio è ormai convinzione acquisita dagli studiosi, sulla scia soprattutto degli studi del cardinal Stickler: cfr. A.M. STICKLER, *Ordines iudicarii*, in *Dictionnaire de droit canonique*, XVI, Paris 1957, coll. 1132-1143. In questa direzione, cfr. pure P. WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, München 1979, pp. 129-260.

dottrina civilistica si possono notare in germe alcune caratteristiche della procedura che veniva formandosi in Europa. Su questi elementi opereranno le prime generazioni dei glossatori fino all'opera di Accursio⁸.

Anche se l'interesse per il processo e le complesse tematiche del regime delle sentenze e delle loro invalidità da parte delle compilazioni precedenti o coeve ad Irnerio e dei primi glossatori della scuola bolognese non è paragonabile alle attenzioni successive, si può ugualmente individuare una precisa direzione della riflessione dottrinale su questi argomenti.

Nel compiere una sommaria analisi delle testimonianze preirneriane si volgerà l'attenzione in primo luogo alle opere di tradizione romanistica ed in un secondo momento a quelle di derivazione longobarda e franco-provenzale.

2. *Le prime testimonianze di derivazione romanistica.*

Già il *Brachylogus* (o *Corpus Legum*)⁹ ed il *Libro di Tubinga*¹⁰ recano qualche testimonianza sul processo e sulle invalidità della sentenza¹¹. Tralasciando considerazioni più precise sulla natura,

⁸ Interessanti valutazioni in F.P.W. SOETERMEER, *Une catégorie de commentaires peu connue. Les «commenta» ou «lecturae» inédits des précurseurs d'Odofrède*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 2 (1991), pp. 47-67, secondo cui i primi glossatori non si occupano direttamente di temi squisitamente processuali, ma vi si dedicano in via indiretta e riflessa nell'ambito della compiuta attività di *interpretatio* dei testi giustinianeî. Ciò non esclude che il loro contributo alla processualistica ed in specie all'evoluzione delle tipologie d'invalidità delle sentenze sia rilevante, anche con riferimento all'evoluzione delle cosiddette «Università minori»: cfr. anche E. CORTESE, *Scienza di giudici e scienza di professori fra XII e XIII secolo*, in *Legge, Giudici, Giuristi*, Milano 1982, pp. 785-858.

⁹ *Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis*, a c. E. BÖCKING, Berlino 1829: «De sententiis et provocationibus. ... Nunc de sententiis et provocationibus consideremus. Omnis autem sententia definitiva et certam rem vel quantitatem continere debet et inscriptis proferri; alioquin nullas vires habebit, nec ab ea provocandum est» (pp. 186-187).

¹⁰ Editto da C.G. MOR, *Scritti giuridici preirneriani*, Torino 1980, I, pp. 89-245; esso costituisce, probabilmente, una risalente redazione delle *Exceptiones legum Romanarum Petri*: cfr. E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 246-249.

¹¹ I cosiddetti libri di Ashburnham e di Graz (editi anch'essi da C.G. MOR,

la data esatta di composizione e la provenienza¹² ci si può limitare a registrarne l'importanza: queste opere, infatti, sono specchio fedele di un'epoca che prelude – nel mondo del diritto – allo sviluppo successivo della scuola bolognese¹³. La riflessione sull'invalidità si affaccia – per lo più implicitamente – nel contesto di un riaffiorare di considerazioni sull'ingiustizia delle decisioni e sui rimedi (e le sanzioni) atte ad evitarla e a rimuoverla.

Il *Corpus legum* spicca per la sua sintetica esposizione dei diversi istituti processuali e sostanziali¹⁴ e giunge a sfiorare anche la materia delle invalidità processuali, senza entrare però direttamente in merito¹⁵. Qualche indicazione è ricavabile dalla lettura del testo in ordine ad alcune delle caratteristiche reputate necessarie (a pena di invalidità) per la confezione di una sentenza: la sua redazione per iscritto e la non genericità del dispositivo¹⁶. Le cause d'invalidità della sentenza trovano spazio accanto ai motivi d'appello, ma in contrapposizione netta con questi¹⁷; si possono vedere, invece, legami più stretti con i presupposti della *retractatio*¹⁸. Si può dire che i motivi d'invalidità evidenziati vengano ad

Scritti giuridici... cit., pp. 1-87 e pp. 253-303) non hanno, invece, testimonianze significative sull'invalidità della sentenza.

¹² La storiografia ha raggiunto comunque in tale ambito conclusioni accettate, a cui si può rimandare: ne riferisce, per tutti, E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 229-250.

¹³ Per tutti: F. CALASSO, *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Milano 1954, pp. 324-341; E. CORTESE, *Il diritto nella storia...* cit., I, pp. 5-55, con ulteriori rimandi ivi menzionati.

¹⁴ Valga come esempio la definizione di *actio*: «Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur» (*Corpus Legum...* cit., p. 123), ripresa da A. ERRERA, *Arbor actionum...* cit., p. 265.

¹⁵ Nulla di rilevante si è trovato, invece, nell'*Epitome iuris civilis*, risalente alla metà del secolo XI (edizione a c. E. BÖCKING, Berlino 1829).

¹⁶ «De sententiis et provocationibus. Nunc de sententiis et provocationibus consideremus. Omnis autem sententia definitiva et certam re, vel quantitatem continere debet et in scriptis proferri; alioquin nullas vires habebit, nec a ea provocandum est» (*Corpus Legum...* cit., pp. 187-188).

¹⁷ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 21-52.

¹⁸ «Provocare autem quis potest non in civili causa solum, sed etiam in criminali. Item contra omnem sententiam appellari potest, nisi is, qui sententiam dedit sit praefectus pretorio; tunc enim non provocatio, sed retractatio locum habet» (*Corpus Legum...* cit., p. 188).

essere presupposto di una rimozione effettiva della sentenza viziata da parte dell'ordinamento senza la previsione di un apposito rimedio e senza possibilità di utilizzare per questo scopo quello dell'appello. Sembra ipotizzabile, invece, un utilizzo della *retractatio* anche per far constatare le più gravi invalidità delle sentenze in via straordinaria e con termini molto lunghi di decadenza¹⁹.

Fra le diverse compilazioni contenenti il materiale presente nelle già citate *Exceptiones* spicca il *Libro di Tubinga*, in cui emerge la stretta relazione fra il profilo dell'ingiustizia e quello dell'inefficacia (invalidità) della sentenza²⁰. Risultano due passi di un certo rilievo; il primo, che riguarda piuttosto proprio il profilo dell'ingiustizia dell'attività giudicante, è il seguente:

«*De iudice insciente scienter iudicante*. Iudex si per imprudentiam [id est si per ignorantiam] iniuste iudicat, dampnum quod lese parti contingit per inscientiam suam restauret. Si vero scienter iniuste iudicat, et per dampnum restauret, et perpetuo sit infamis et deiceps officium iudicandi non teneat»²¹.

Il secondo, invece, riguarda più specificamente le impugnazioni:

«*Et si de iudicio concordaverint, ipse qui episcopus vel alium invocavit, nullo modo poterit provocare sententiam (id est*

¹⁹ La *retractatio* (revocazione) risale già al diritto romano, ma assume nell'epoca medievale nuove caratteristiche. Risulta essere un istituto utilizzato anche dai canonisti. Cfr. il risalente volume di R. COGNETTI DE MARTIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, Torino 1900. Offre un quadro complessivo dei rimedi previsti nell'ordinamento canonico prima del *Decretum*: W. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico. II. Il diritto canonico della civiltà occidentale (1055-1517)*, Milano 1963, a c. P. GIANI, pp. 334-353.

²⁰ Sul libro di Tubinga, in generale, cfr. M. BELLOMO, *Società e Diritto...* cit., pp. 68-71; sul manoscritto vercellese della stessa raccolta, I. SOFFIETTI, *Testi giuridici e formule notarili e giudiziarie nel codice 176 dell'Archivio Capitolare di Vercelli*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LI (1978), pp. 5-40.

²¹ C.G. MOR, *Scritti giuridici...* cit., p. 259; il passo è riportato anche nell'edizione di Max Conrat (*Il libro di diritto di Tubinga*, a c. M. CONRAT, in «Buletino dell'Istituto di Diritto Romano», III (1890), p. 143).

vulgariter dicimus non poterit *rancurare*) alii vero adversario provocatio denegando non est: que provocatio intra decem dies ex-ceri potest ad eo die quo diffinitiva sententia data est»²².

Occorre rilevare il termine di dieci giorni per impugnare, che diverrà stabile anche per le querele di nullità. Il nesso ingiustizia-sanzione è espresso con chiarezza e credo si possa rilevare – per implicito – quello fra ingiustizia e nullità. In tutti questi casi di ingiustizia sono rilevabili rimedi precisi («provocare» e «rancurare») mentre per gli altri casi di nullità legate non già al contenuto (profili dell'ingiustizia), ma specificamente alle formalità necessarie, si può presumere che valessero i principi tradizionali della coincidenza invalidità-inesistenza dei verdeti viziati, senza necessità di impugnativa²³. In altre fonti, come le glosse di Casamari e di Pistoia, non si trovano passi in tema d'invalidità delle sentenze²⁴; in quella di Poppi si può notare un ac-

²² C.G. MOR, *Scritti giuridici...* cit., pp. 260-261; si veda anche *Il libro di diritto* cit., pp. 143-144. L'attenzione dei civilisti è tutta per le azioni. La costruzione sistematica dell'*ordo* è soprattutto opera dei canonisti, degli autori dei libelli e della prassi giudiziale canonica e, questo sì, civile. Le opere civilistiche dedicheranno ampio spazio all'*ordo* a partire da Piacentino e poi soprattutto con i post-glossatori. In tale direzione di attenzione alle formalità, va menzionato un'ulteriore rubrica dello stesso Libro di Tubinga, dedicata specificamente alle nullità degli atti irrispettosi delle «solennità» imposte: «*De iuris solemnitate*. Quaedam et plura in legibus secularibus et divinis constituta sunt que sollempnitatem desiderant: ea enim que sine sollempnium observatione facta sunt pro infectis et inutilibus habenda sunt. Hocque legibus et canonibus approbamus: dicit namque religiosissimus et catholicissimus imperator Justinianus: testamentum non iure factum, id est non sollempniter factum, pro infecto habendum est» (*Il libro di diritto...* cit., p. 147).

²³ È interessante notare come coesistano senza troppi problemi due concetti non del tutto allineati. Il primo è quello della superfluità di impugnazione per far valere la nullità di una pronuncia viziata. Il secondo è il farsi strada del principio della perpetua esperibilità dei rimedi nei casi di nullità assoluta. Un terzo passaggio – risalente al maturo diritto comune – comporterà la considerazione della perpetuità non più delle azioni ma delle eccezioni (cfr. art. 1442, u.c. del codice civile italiano vigente).

²⁴ Per tali antiche compilazioni cfr. E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 236-237.; quella di Casamari è stata edita dall'Alberti (in «*Orbis Romanus*», 9-1937). Per la glossa pistoiese si veda L. CHIAPPELLI, *La glossa pistoiese al codice giustiniano*, in «*Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*», (1885).

cenno alle formalità previste a pena d'invalidità del procedimento²⁵.

Nel codice di Gustav Haenel pubblicato dal Fitting si può, invece, trovare uno schema essenziale delle formalità processuali richieste per la correttezza del procedimento. Nella successione degli atti processuali assume un certo rilievo la disciplina relativa alla sentenza, anche nei suoi aspetti di patologia, e molta attenzione si dedica ad individuare forme di responsabilità per i giudici che pronuncino decisioni viziate²⁶.

Di un certo significato è poi il confronto proprio fra le opere preirneriane (nell'edizione del Mor)²⁷ come il *Libro di Aushburnham* ed il più tardo *Libro di Graz*. Si fanno strada in tutte queste compilazioni i profili della colpevolezza del giudice e della valutazione del danno subito dalle parti per il suo illegittimo comportamento. Le circostanze che configurano una gravissima violazione dell'equità sostanziale e processuale sono capaci di provocare senz'altro la nullità della sentenza e gravi sanzioni a carico degli autori delle pronunzie così viziate²⁸. Si evidenzia poi la differenza pratica e concettuale fra l'appello e gli altri rimedi (*exceptiones, restitutiones*, etc.) avverso la sentenza²⁹.

Proseguendo, nella *Summa Vindobonensis*³⁰ – ad esempio – è contenuta una precisa e dettagliata analisi del sistema delle

²⁵ *La Glossa di Poppi alle Istituzioni di Giustiniano*, a c. V. CRESCENZI, Roma 1990; gl. ad I. 3,12: «*Iudicia ordinaria. Ordinaria sudicia fiebant cum quidam solemnitate et ordine verborum, quibus pretermisiss vel imperfecte factis, sudicia frustra erant*» (p. 441).

²⁶ *Juristische Schriften des früheren Mittelalters aus Handschriften*, a c. H. FITTING, Halle 1876, pp. 144-145. Si veda anche il passo dedicato alla responsabilità del giudice che pronuncia sentenza ingiusta: *Juristische...* cit., p. 124. Su questo profilo, con affondi anche sulla prima dottrina del diritto comune, cfr. per tutti U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 107-119.

²⁷ C.G. MOR, *Scritti giuridici...* cit., *passim*.

²⁸ Richiamo il passo già menzionato *supra*: C.G. MOR, *Scritti giuridici...* cit., p. 259.

²⁹ *Ibidem*, p. 261.

³⁰ Il testo, attribuito ad Irnerio (*Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorum*, a c. G.B. PALMIERI, in *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, Additiones I, Bologna 1914, pp. 3-208 ed anche Bologna 1914, pp. 271-476) non, gli

azioni, inteso nel suo rapporto inscindibile con gli istituti sostanziali di derivazione romanistica, senza però riferimenti all'*ordo* ed alla sentenza. Il tema della sentenza invalida è assente anche dalla *Glossa torinese*³¹.

Indicazioni di maggior rilievo si trovano nella cosiddetta *Abbreviatio Codicis* sia a proposito della nota *Lex Non dubium* (C. 1,14,5)³², che delle decisioni arbitrali di ambiente precomunale e comunale³³. La sentenza è radicalmente nulla se non contiene un preciso dispositivo (con condanna o assoluzione) ed in questi casi l'appello è considerato superfluo; le nullità operano di per se stesse, senza limiti di tempo³⁴. Va osservato come si troverà spesso indicata nella dottrina ed anche nella legislazione statutaria l'invalidità della sentenza con il termine «infirmus» ed il procedimento logico-giuridico per l'eliminazione delle decisioni invalide viene indicato con l'espressione «infirmare».

3. *La tradizione longobardistica e le opere franco-provenzali.*

Alcuni di questi argomenti compaiono pure nella *Summa Institutionum*³⁵ pubblicata dal Legendre nel 1972 (che risale al XII secolo in ambiente franco-provenzale), che peraltro non menziona espressamente le sentenze invalide. Le ultime rubriche

appartiene (cfr. F. PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite a Irnerio*, in *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Torino 1967) ed è anzi probabilmente di derivazione preirneriana; si veda anche E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 259-260.

³¹ Cfr. A. ALBERTI, *La «glossa torinese»*, Torino 1933.

³² *Abbreviatio Codicis*, a c. G.B. PALMIERI, in *Biblioteca Iuridica Medii Aevi, Additiones I*, Bologna 1914, p. 249.

³³ «Arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitavit» (*Ibidem*, p. 280); «Sententiam nullam esse que nec continet condemnationem, vel absolutionem. Non publice dicta sententia, sed in secreto iudicio, nullum parit preiudicium» (*Ibidem*, p. 280)

³⁴ «Quando provocare non est necesse. Non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat. Venales sententias citra provocationis auxilium infirmas esse decretum est» (*Ibidem*, p. 281)

³⁵ P. LEGENDRE, *La Summa Institutionum «Iustiniani est in hoc opere»*, Frankfurt am Main 1972. Si vedano specialmente le rubriche dedicate al *De officio iudicis* e *De publicis iudicis*, pp. 136-137.

della stessa compilazione si limitano a precisare gli obblighi del giudice e della sua attività di emanazione di una sentenza pienamente valida³⁶. Sembra potersi ricavare l'obbligo (a pena di nullità in caso di mancato rispetto) della forma scritta per la redazione delle sentenze, che si fa strada rapidamente e si attesta dunque già nel primissimo periodo della rinascita romanistica.

Infine un cenno a qualche testo derivante dalla «scuola pavese»; il primo è appartenente al giurista Gualcosio³⁷; si tratta di un passo di un qualche interesse come testimonianza di un uso assai anomalo dell'appello, equiparato in tutto e per tutto ad un'azione da intentare, con l'indicazione del termine generico di «experiri» che tornerà spesso anche riguardo alle impugnative delle sentenze invalide³⁸. Invece, prendendo in esame l'*Expositio ad Librum Papiensem*, non emerge la presenza di significative fattispecie d'invalidità di derivazione non romanistica, né l'individuazione di specifici strumenti d'impugnativa³⁹.

Nel complesso delle testimonianze fin qui prese in esame – sia di tradizione romanistica sia di derivazione longobardistica o transalpina – il quadro delle invalidità processuali si presenta, peraltro, in questo periodo appena appena accennato e pressoché limitato alla considerazione delle invalidità della sentenza per mancato rispetto delle formalità procedurali⁴⁰. Tale tendenza

³⁶ Occorre osservare una sostanziale identità di fattispecie d'invalidità che accomunano la sentenza alle obbligazioni ed ai contratti; su questo tema, considerazioni in A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 42-44.

³⁷ Appartiene alla stessa tradizione anche la cosiddetta «Glossa di Colonia», in cui non risultano, peraltro indicazioni in materia d'invalidità delle sentenze; la Glossa è stata edita prima dal Conrat (*La glossa di Colonia alle Istituzioni*, in «Archivio giuridico», 34 (1885), pp. 105-125 e poi dal Fitting (*Die Institutionenglossen des Gualcausius*, Berlin 1891).

³⁸ Cfr. H. FITTING, *Die Institutionenglossen...* cit., p. 115, glossa ad I. 4,13,11.

³⁹ Su cui cfr. M. BELLOMO, *Società e diritto...* cit., pp. 67-69. Si veda anche G. DIURNI, *L'Expositio ad Librum Papiensem e la scienza giuridica preirneriana*, Roma 1976. Il testo è edito in *Monumenta Germaniae Historica*, a c. A.E. BORETIUS, IV, Hannover 1868 (consultabile anche in www.dmgh.de) e in G. PADELLETTI, *Fontes iuris italic medii aevi*, I, Torino 1877, pp. 37-285.

⁴⁰ Riporto un passo delle *Petri Exceptiones Legum Romanarum* (secondo la 'lettura' del Savigny) che precisa in via generale la portata delle previsioni d'invalidità per

al formalismo (che si unisce ad una riproduzione letterale ed ancora schematica dei principi romanistici) è propria di queste opere preirneriane ed anche delle glosse dei più antichi dottori bolognesi⁴¹.

4. *Il contributo fondante irneriano.*

Occorre a questo punto prendere in esame il contributo del fondatore della scuola bolognese, Irnerio: esso non va trascurato anche per quanto riguarda le invalidità della sentenza, pur in un quadro in cui l'attenzione principale del giurista bolognese non è certo rivolta direttamente ad una riflessione compiuta sugli elementi del processo, ma piuttosto alla ricostruzione dei testi giustiniane⁴² e, nell'ambito processuale, al complesso sistema delle azioni⁴³. Tale modesta, anche se non trascurabile, attenzione ai fenomeni squisitamente processuali va inoltre inquadrata in un altro genere di considerazioni: i passi relativi alle impugnazioni delle sentenze risiedono quasi totalmente negli ultimi libri del Digesto (cfr. in specie D. 49,1,19) e nel *Codex* (libro VII), mentre più rarefatti sono i riferimenti presenti nelle Istituzioni giustiniane (opera da cui spesso partono per la loro indagine i pri-

inosservanza delloe forme stabilite: «*De Juris Solemnitate*. Quaedam et plura in legibus secularibus et divinis instituta sunt quae solemnitates desiderant; ea enim, si sine solemnium observatione facta sint, pro infectis et inutilibus habenda sunt. Haec quoque legibus et canonibus approbamus. Dicit enim religiosissimus et catholicissimus Imperator Justinianus: testamentum non iure factum, id est non solenniter factum, pro infecto habendum est; et hoc in Institutionibus, in Codice et in Digestis et in Novellis multoties invenitur. Item legitur IX.1 Codicis sub titulo de Adoptionibus: adoptio non solenniter facta inutilis est. Iterum in sequenti titulo de Emancipationibus liberorum dicit: Emancipatio non solenniter facta liberos a protestate non liberat; et generaliter in Digestis traditur, cuicumque negozio solennitas a legibus interposita est, si ea praeterita fuerit, invalidum est» (F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, a c. E. BOLLATI, III, Torino 1857, p. 35).

⁴¹ Su tale impostazione di attenzione agli aspetti formali della scuola bolognese, cfr. sinteticamente P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 45-54.

⁴² Per tutti, E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 251-266.

⁴³ Cfr. A. ERRERA, *Arbor actionum...* cit., pp. 124-150.

missimi giuristi medievali)⁴⁴. Per Irnerio⁴⁵, comunque, una glossa soprattutto è assai significativa, perché contiene *in nuce* molto dello sviluppo futuro dell'assetto delle invalidità della sentenza:

«Quando provocare necesse non est 7, 64: Cum iudex contra ius constitutionis iudicavit. Distincio est adhibenda talis .s. (scilicet) an causam legibus iuari scivit vel nescivit. Nam si scivit appellatio necessaria non fuit. cum sententia non tenuit. nam in dicendo eam fraudem adhibuit veluti si eum quem sciebat numero trium tutelarum (numero annorum vel liberorum ...) tutela posse excusari tutorem debere petentis esse iudicavit. Sed si nescivit sententia tenet firmaque permanet. si altera pars non appellat. fuit enim iudicis iudicando eam bona fides. Que distincio in lege ista servari debet. Aliud est si iudicavit contra ius litigatoris. veluti eum de iure suo probantem audisset ut de privilegio vel de etate vel numero liberorum et postea dixit eum non provasse. Tunc enim appellandum est sive scivit iudex sive ignoravit causam legibus iuari»⁴⁶.

⁴⁴ In questo senso già F. CALASSO, *Medio Evo...* cit., pp. 285-287.

⁴⁵ Mi riferisco alle glosse edite ed attribuite ad Irnerio con una certa sicurezza, ben consapevole della difficoltà di reperire con assoluta sicurezza le tracce genuine delle opere dell'iniziatore della scuola bolognese: E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 257-260, G. PACE, *Guarnerius Theutonicus»: nuove fonti su Irnerio e i «quattro dottori», in «Rivista internazionale di diritto comune», 2 (1991), pp. 123-133 ed E. SPAGNESI, *Warnerius Bononiensis Iudex. La figura storica d'Irnerio*, Firenze 1970.*

⁴⁶ G. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius. Festschrift zur Feier des Achtundertjährigen Bestehens der Universität Bologna*, Greifswald 1888, pp. 79-80. La glossa è ripresa e commentata da Antonio Padoa Schioppa, che osserva: «La glossa fissa un principio del tutto nuovo rispetto alle fonti: nulla è soltanto la sentenza del giudice che consapevolmente viola la legge, mentre la pronuncia 'contra ius' di un giudice errante in buona fede è valida e appellabile. ... È singolare che questa distinzione, estranea al diritto romano, sia stata suggerita proprio da un passo del Digesto; l'espressione 'causam legibus iuari', usata dal glossatore non lascia dubbi: si tratta delle parole di D. 42,1,32, testo non citato, ma sicuramente presente a chi scriveva. Ma laddove Callistrato intendeva riferirsi all'errata applicazione di una legge alla fattispecie, la glossa ha inteso che il testo parlasse dell'ignoranza della legge da parte del giudice: di qui la 'distinctio'. Ed è da osservare che l'errato intendimento del passo di Callistrato si perpetuerà presso i glossatori delle generazioni successive, anche presso coloro che combatteranno la distinzione ora esaminata: così Azzone ed Accursio» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II; p. 25, con mie sottolineature).

In questa glossa si fa espresso riferimento ai casi della sentenza *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris*, casi già presenti nel diritto romano⁴⁷ – ma qui ripresi in modo innovativo ed originale – e di rilievo anche nello sviluppo della dottrina del diritto comune⁴⁸. Nel caso del vizio della sentenza *contra ius constitutionis*, questo implica l'invalidità della decisione se il giudice era a conoscenza della violazione della norma, altrimenti (in caso di sua ignoranza) è possibile impugnare attraverso il rimedio dell'appello⁴⁹. Senza appello il vizio della sentenza è da ritenersi sanato e la decisione diventa perciò pienamente efficace. In effetti, la soluzione proposta da Irnerio è molto significativa e rappresenta per molti versi un *unicum*. Egli individua la discriminante fra appello ed inefficacia *ipso iure* della sentenza *contra ius* (ed anche la discriminante fra sentenza nulla e sentenza annullabile) nella condizione psicologica e soggettiva del giudice la cui ignoranza della violazione (senza colpa, beninteso) può salvare gli effetti di un atto viziato.

La conoscenza tollerata dello stesso vizio, al contrario, implica l'invalidità assoluta e radicale della sentenza – *ipso iure* ed esperibile *in perpetuum* –, a stretto rigore senza necessità d'impugnazione alcuna. Nella seconda fattispecie (sentenza *contra ius litigatoris*) non c'è invalidità, ma appellabilità (impugnabilità) nel senso proprio per un vizio considerato veniale e non sostanziale⁵⁰.

Anche con riferimento ad una fattispecie più generale di violazione di norme imperative da parte di atti giuridici contrat-

⁴⁷ Cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 21-62 e G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna 1904, pp. 151-164.

⁴⁸ Risale specialmente a Piero Calamandrei averne evidenziato l'importanza ed il concetto genuino: cfr. G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei giurista storico*, cit., pp. 3-30. La distinzione è presente anche nelle fonti canonistiche ed è oggetto di analisi approfondita anche da parte dei Decretisti e dei Decretalisti: si veda per tutti F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., in specie pp. 66-71.

⁴⁹ Anche questo è un caso di uso improprio dell'appello, su cui diffusamente A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 24-35. È un argomento di un certo rilievo, su cui si tornerà ancora altre volte.

⁵⁰ In generale, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., pp. 43-52.

tuali o giudiziali (con esplicito richiamo al precetto imperiale *Non dubium* C. 1,14,5) si possono vedere gli stessi principi intorno agli atti radicalmente nulli e ad altre fattispecie da ritenersi, invece, secondo diverse modalità sanabili⁵¹. Ancora, viene spesso ripresa la già considerata rilevanza della conoscenza o meno dei vizi degli atti come discriminante della loro efficacia o inefficacia⁵².

Emerge già nell'opera di Irnerio una certa attenzione a richiamare le tradizionali invalidità assolute (di stampo romanistica) causate da violazione di norme imperative, accanto alla iniziale percezione di alcuni casi d'invalidità determinati da valutazioni di ingiustizia sostanziale, col conseguente utilizzo anomalo dell'appello, che prelude alla formazione di fattispecie d'invalidità – per così dire – ‘affievolite’ e sanabili a determinate condizioni. In questo senso l'opera d'Irnerio apporta allo sviluppo delle invalidità della sentenza una prima innovazione rispetto agli assetti consolidati del diritto preirneriano e altomedievale.

⁵¹ G. PESCATORE, *Die Glossen...* cit., p. 78: «*Ad. L. 5 C. de legibus 1,14... eorum que prohibentur. Quidam eatenus prohibentur ut ipso iure non valeant ...*»; inoltre, cfr. *Ibidem*, pp. 94-95.

⁵² Cfr. in generale G. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald 1888, pp. 96-97, p. 99 e p. 105; riporto il seguente passo concernente specificamente la sentenza: «*L. Error facti. Error probabilis non supinus. Sententia vel transactione I. nocet. Cap-tanti lucrum iuranti dampnum privilegiato vel non agenti vel excipienti, I, tali quia in facto erratum sit. I. ac instauratur. Nisi privilegio id contingat, ut in lege prima*» (p. 99). Inoltre si veda anche L. CHIAPPELLI, *Glosse d'irnerio e della sua scuola tratte dal manoscritto pistoiese dell'Authenticum. Con un'introduzione storica*, in «Atti della Reale Accademia dei Lincei. Memorie. Classe di Scienze morali», IV-II (1886), pp. 184-236. Si noti che in queste fattispecie, così come nei casi precedente, Irnerio fa sempre riferimento ad una concreta conoscenza del vizio della decisione e non ad un'astratta e generica conoscibilità; si può ritenere che in questa direzione la dottrina costruirà in tutte le sue sfumature la figura dell'*error expressus*: P. CALAMANDREI, *La teoria dell'error...* cit., pp. 204-216.

CAPITOLO TERZO

CLASSIFICAZIONE E TIPOLOGIA DELLE INVALIDITÀ DA IRNERIO ALLA GLOSSA ACCURSIANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dopo Irnerio. – 3. Da Rogerio al contributo ordinatore di Piacentino. – 4. Da Piacentino ad Azzone. – 5. La svolta azzoniana. – 6. L'assestamento della glossa accursiana.

1. *Premessa.*

A partire da Irnerio si trovano dunque già alcune testimonianze della presenza nella prima riflessione dottrinale bolognese di alcune fattispecie d'invalidità delle sentenze¹. La materia è co-

¹ Occorre precisare il significato del termine sentenza nelle opere dottrinali che saranno prese esame. Il Durante, ad esempio, la definisce in diversi passi dello *Speculum* (su cui cfr. *infra*, cap. VI), differenziandola con chiarezza dagli atti giuridici diversi dalla sentenza volti anch'essi a porre fine a controversie su un piano giuridico, come la transazione o le varie specie d'arbitrato. Caratteri distintivi della sentenza sono, in ogni caso, la presenza di un organo giudicante e l'utilizzo, per dirimere la controversia, (fosse anche in materia penale in cui di controversia si può parlare fra l'autore del reato e l'intera collettività) di uno sviluppato strumentario tecnico-giuridico. La sentenza, perciò, non va confusa con la transazione né con le altre figure pattizie che pongono fine fuori dal giudizio ad una controversia. Cfr. fra i molti, A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti nei territori italiani nell'età medievale*, con Prefazione di N. PICARDI, Torino 1999 e G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano 1972, cit., pp. 5-145; L. MARTONE, *Arbiter...* cit., *passim*. Si può altrimenti dire che la sentenza si pone nel medioevo come una delle più importanti manifestazioni della *iurisdictio*, concetto importante e complesso, su cui cfr. P. COSTA, *Iurisdictio...* cit., *passim* e P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 130-135. Ottima ricostruzione con riferimento all'intera esperienza del diritto comune è quella di G.P. MASSETTO, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 1200-1245.

munque ancora ai margini dell'analisi dei civilisti ed ai margini resterà ancora per un certo tempo. In ogni caso, lo sviluppo della materia prosegue e compie anzi passi di grande rilievo a cavallo dei secoli XII e XIII, periodo in cui si definiscono le categorie già presenti nelle fonti e nelle opere più antiche e ne sorgono di nuove ed importanti. Fra i primi concetti si definiscono i criteri delle invalidità *contra ius constitutionis*, delle nullità delle sentenze non redatte per iscritto, delle invalidità delle sentenze rese da giudice corrotto, mentre per il secondo tipo si affermano altre ed eterogenee fattispecie d'invalidità delle sentenze². Il progresso compiuto negli studi giuridici dai giuristi posteriori al caposcuola Irnerio consente di guardare in materia d'invalidità delle sentenze ad una serie di dati testuali, ovviamente, più ricca delle scarse testimonianze del periodo più antico ed il quadro che ne emerge ha senz'altro contorni più definiti e figure più nitide e marcate (anche se persistono zone d'ombra o angoli oscuri).

Se, infatti, per altri istituti del diritto medievale il contributo dei giuristi glossatori è di per sé sufficiente ad offrire la risposta alla quasi totalità dei problemi, questo non vale per l'invalidità della sentenza, per la quale il disegno complessivo si può cogliere solo attraverso l'esame dell'opera dei glossatori, dei commentatori e del diritto canonico. Ed a ben osservare neppure tali studi possono bastare: occorre, infatti, dare conto anche del contributo apportato alla materia dai cosiddetti *ordines iudicarii*³ e dalle rubriche dedicate alle sentenze presenti negli statuti comunali coevi⁴.

² In generale, si veda P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 141-191.

³ Si dedicherà una certa attenzione a tali opere, che offrono alcune testimonianze di un certo interesse anche per quanto riguarda le invalidità della sentenza; gli *ordines* sono difficilmente collocabili *simpliciter* come opere canonistiche o civilistiche: in realtà sono una cosa a sé, frutto dell'influsso, oltre che della civilistica e della canonistica, anche della prassi giudiziaria: cfr. *infra*, cap. VI, anche per una bibliografia più dettagliata.

⁴ Cfr. *infra*, cap. V.

2. Dopo Irnerio.

Avviando un tentativo di ricostruzione delle tracce delle invalidità della sentenza fra i glossatori si può iniziare dai quattro dottori bolognesi, per giungere poi alle opere di Piacentino ed a quelle di Azzone. A ben vedere, peraltro, mentre le opere di Azzone e Piacentino (così come dei successivi commentatori) sono note e facilmente esaminabili⁵, difficoltà maggiori si trovano per il reperimento delle fonti risalenti al periodo di Irnerio e dei suoi allievi⁶. Emerge comunque dal periodo dei glossatori globalmente inteso uno sviluppo imponente delle diverse tipologie di invalidità della sentenza, che già le grandi sintesi di Piacentino ed Azzone tenteranno di ordinare, classificare ed in certo modo graduare, aprendo la strada (attraverso la cristallizzazione della dottrina operata dalla glossa ordinaria)⁷, alle successive sintesi (fra le quali spiccano quelle del Durante e quella trecentesca di Bartolo)⁸.

Si possono individuare alcune tappe dell'evoluzione delle classificazioni e delle tipologie delle invalidità della sentenza con un'attenzione particolare al pensiero di Azzone, che rappresenta un punto di svolta di grande importanza. Si può dunque muovere da alcune testimonianze dei primi glossatori. In linea generale è ormai assodata l'invalidità della pronuncia contraria al diritto⁹, ed

⁵ Ad eccezione dell'apparato di Ugolino de'Presbiteri le altre opere dei maestri hanno avuto edizioni a stampa fra il Quattrocento ed il Cinquecento.

⁶ Per tutti, E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 251-273.

⁷ U. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani e la fortuna della «Glossa» in Italia*, in *Atti del congresso di studi accursiani*, Bologna 21-26 ottobre 1963, a c. G. ROSSI, Milano 1968, pp. 799-943.

⁸ Proprio nello *Speculum* e con Bartolo si realizzerà una sintesi equilibrata ed efficace fra le esigenze di giustizia sostanziale e quelle di certezza del diritto, tenendo in adeguato conto anche le innovazioni introdotte dal diritto statutario: cfr. *infra*, cap. IX. Va però considerata in adeguata considerazione la novità dei primi glossatori che vengono a considerare la sentenza come atto giuridico formalizzato, ben diverso dalle decisioni altomedievali che si debbono considerare come verdetti di natura assai differente.

⁹ «Sicut autem non est opus appellatio, si sit contra jus sententia lata, sic si venabili mercede sententiam proferat» (*Anedocta quae processum civilem spectant*, a c.

altrettanto l'invalidità della sentenza pronunciata dal giudice corrotto:

«Quando provocare non necesse est. Non est opus provocatione, si iure lata sententia non tenet, ut si contra ius sit pronuntiatum, aut eo pro constanti abito quod apud ordinarium iudicem pendet in questione, vel iudex aliter quam ei iure permittatur iudicet, seu venalem mercede corruptus sententiam proferat, vel si quo alio modo sit irritum quod statuit»¹⁰.

L'invalidità viene considerata qui fra i motivi di appello, senza una propria autonoma rilevanza e senza un definito spazio concettuale. Non sono precisate le caratteristiche di tali figure d'invalidità, al più se ne considera l'elevata eterogeneità e la connessione con il rimedio dell'appello:

«*An valet sententia a iudice corrupto lata*. Item quem iudex sorde pecuniae corruptus iniustam sententiam fert, quaeritur, an sententia teneat? Respondent: tenet, quum non sit contra leges vel contra constitutiones expressim lata; tunc enim valet, ut D. De appellat. [49, 1, L. Si expressim 19], imo potius videtur contra ius litigatoris lata, licet hic id expressim non sit admittendum quia tunc necessaria erat appellatio»¹¹.

A. WUNDERLICH, Gottingae 1841, p. 22); «Cessat itaque appellatio cum propter rem, tum propter personam. Propter rem, quid sit contra ius lata sententia vel mercede venabili, vel quia sit ad dumviratus vocatus is, de quo per appellationem incertum fuerat, an iure fieri ad decurionatum vocatus; vel quia sit in momentaria possessione decreta» (*Ibidem*, p. 26): la costruzione è abbastanza completa e raffinata, anche se è ancora del tutto assente l'idea di una specifica 'azione' di nullità. I passi sono attribuiti a Bulgaro. Si può facilmente osservare il netto salto di qualità rispetto alle scarse fonti altomedievali, in cui raramente ci si trova di fronte ad atti giuridici qualificabili come vere e proprie sentenze, ma ci si riferisce per lo più a «verdeti» di natura politica o militare.

¹⁰ *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*, a c. H. FITTING, Berlin 1884, p. 259; sulla stessa linea il passo seguente: «Salvo autem iure tam scripto quam non scripto statuere debet: contra ius enim lata sententia statim infirma est, quemadmodum iniqua per appellationem infirmari potest. Equitas enim partim iure comprehensa est» (*Ibidem*, p. 257). Ci si riferisce qui alla cosiddetta *Summa Trecensis* a suo tempo erroneamente attribuita ad Irnerio, ma oggi – com'è noto – attribuita al periodo immediatamente successivo al fondatore della scuola bolognese.

¹¹ *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, a c. G. HAENEL, Lipsiae 1834, n. 140. In merito, cfr. M. LUC-

Oltre alla corruzione del giudice produce senz'altro l'invalidità della sentenza anche la corruzione dei testimoni. Il vizio è però considerato meno grave, tanto che in questo caso può ipotizzarsi una fattispecie d'invalidità sanabile:

«*De sententia ex falsis testationibus*. Dicunt Quidam, quod sententia lata per falsos testes semper infringi debet, sive testes isti corrupti sunt pecunia sive non, et hoc tali ratione, qua personae testium appellatione instrumentum continentur. Alii dicunt, quod ita demum rescinditur, si testes sunt pecunia corrupti data»¹².

Non offrono spunti di rilievo particolare i passi dei primi glossatori editi dal Kantorowicz, salvo una precisa definizione di *res iudicata*¹³. È qui accennata la dialettica fra verità sostanziale e

CHESI, *Giustizia e corruzione...* cit., pp. 157-216; prevalgono le esigenze di giustizia – richiedendosi in alcuni casi il rimedio formalizzato dell'appello – proprie anche di una certa cultura canonistica, su cui si veda nello specifico L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., pp. 49-59.

¹² *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum...* cit., n. 105. Si noti nello stesso manoscritto chigiano un passo importante in tema di nullità delle disposizioni testamentarie. In effetti la ferrea distinzione fra invalidità sostanziali e processuali che caratterizza l'attuale dottrina non vale in assoluto per il diritto medievale; «Dicunt Quidam: testamento facto, quo filius sit preteritus vel minus rite exheredatus, et dicunt, hodie non esse locum querelae, nisi interfratres, turpibus personis institutis. Alii vero dicunt, quod si filius in protestate constitutus sit et praeteritus. Ipso iure nullum est testamentum, ut olim; si vero exheredatus, tunc irritandum est per querelam, et querela perlata non est ipso iure nullum testamentum» (*Ibidem*, n. 53, p. 159).

¹³ «Hec sunt, quae litis contestacionem procedunt et subsequuntur: ante libellum de lite contestando infra duos menses caucio; libelli oblatio; litis contestacio; iurisiurandi de calumnia prestacio; advocatorum iuracio; parccium assercio; instrumentorum exhibicio; testium productio; dilacio; cause examinacio; rebra iudicis interrogacio; supplicacio; interlocucio; diffinccio; executio sive appellacio; apostolorum dacio ad iudicem superiorem; et personarum et actorum transmissio et intra *dies fatales appellacionis* examinacio. Tria sunt, quae preiudicant veritati: res iudicata, transaccio; ius iurandum. Res iudicata - unde dicitur: res iudicata pro veritate accipitur [Aut. 96,1 ad C. 3,9,1], et iterum: semel cum causa approbata fuit, vera sit suae falsa, non iterum retractatur. Transaccio - id est pactum - et sepe preiudicat veritati, ut vulgo dicitur: 'pactum vincit legem'. Jus iurandum - sepe preiudicat veritati» (H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the Twelfth Century*, Cambridge 1938, p. 231). Il passo è certamente significativo, sia per la sintetica enunciazione dei momenti essenziali dell'*ordo* processuale, sia per l'enunciazione

verità processuale che caratterizzerà tutto lo sviluppo successivo del sistema processuale, presente anche nel testo pubblicato a suo tempo da Vittorio Scialoja:

«Dissentiunt, an iudex, sciens rei veritatem, sine testium probationem possit ferre sententiam. Martinus dicit, quod si iudex sciat rei veritatem negotii, de quo iudex et testis est, quod sententiam ferre potest secundum quod noverit in civili causa. Sed non in criminali; ubi, sine accusatione, iudicare non potest: exemplo Christi, qui mulierem deprehensam in adulterio absolvit dicens: nemo est, qui te accuset, nec ego te condempnabo. Bulgarus contra: dicit enim, et in civili causa et in criminali iudicem, secundum quod scit, posse iudicare: et hoc per contrarium legis intellectum C. de fide instru. Apud eos [C. 4,21,13]»¹⁴.

L'evidente discrepanza fra risultanze processuali e mondo dei fatti costituisce un problema essenziale della riflessione, che si pone il problema della «verità» delle sentenze e degli strumenti di cui può disporre il giudice per raggiungerla. Le posizioni sono differenti e oscillano fra l'invalidità della sentenza ricognitiva della «verità», rilevante in assenza d'idonei strumenti, fino alla sua piena produttività di effetti giuridici. In questo senso la costruzione delle tipologie d'invalidità della sentenza nell'epoca dei glossatori si fa strada a cavallo fra la considerazione delle esigenze irrinunciabili di equità e di rispetto della verità e della giustizia sostanziale¹⁵ ed esigenze di più stretta «lega-

della natura preclusiva del giudicato, della transazione e del giuramento decisorio: attraverso tali istituti si tende a rendere intoccabile la «verità» raggiunta. In merito cfr. L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., pp. 38-47; G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione...* cit., pp. 5-75. Al proposito significativo il titolo di una pubblicazione sull'evoluzione moderna del diritto processuale in Italia: L. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo stato di Milano*, Milano 1999.

¹⁴ V. SCIALOJA, *Di una nuova collezione delle Dissensionationes dominorum con l'edizione della collezione sessa*, in *Studi giuridici*, II, Roma 1934, pp. 327-413 (già in «Studi e documenti di storia del diritto» (1888,1890-1891); il passo citato è a p. 378.

¹⁵ Esempio interessante in un settore affine a quello delle sentenze è una glossa

lità» (derivanti specialmente dall'estensione alla sentenza dei principi invalidanti contenuti nel passo del *Codex* della *Lex Non dubium*)¹⁶; la «legalità» (o meglio «legittimità») processuale da rispettare a pena di grave invalidità si configura come rispetto del diritto scritto (*ius constitutionis*) e dell'*ordo* complessivamente considerato.

Confermano tutto ciò anche due opere per molti versi anormale nel panorama della prima elaborazione medievale: il *Liber pauperum* di Vacario e *Lo Codi* di area franco-provenzale. Per il primo testo si può fare riferimento ad un passo di un certo rilievo, che stabilisce in via generale l'invalidità della decisione assunta «contra ius commune», a prescindere dal merito della decisione (che coinvolge, invece, unicamente il profilo dell'errore *contra ius litigatoris*, che di regola non vizia la decisione):

«... Quia, quando bone vel male iudicat, sententia quidam est, sed male dicit quia contra ius litigatoris. Si autem contr aius comune sententiam tulerit, nec bene nec male iudicavit, quia nichil egit, cum ipso iure nulla sit sententia»¹⁷.

Ci si colloca nell'orizzonte tradizionale delle fonti, senza prevedere uno specifico rimedio avverso le sentenze nulle di pieno diritto, che vanno pertanto considerate annullabili senza

sull'efficacia della transazione, che richiama – oltre all'opinione di Bulgaro – anche quella di Giovanni Bassiano: «Bulgarus dicit, quod de re facta transactio per calumpniam non valet; sed de calumpnia, licet per calumpniam, recte valet, ne lites extendantur in immensum, ar. C. de plus pet. in fi. [C. 3,10,3]. Ioannes Bassianus idem dicit. Placentinus contra, et dicit transactionem utrobique nullam esse, si per calumpniam extorqueatur (*Ibidem*, p. 373).

¹⁶ C. 1,14,5. Occorre non equivocare sul termine «legalità», che può far pensare a concetti e situazioni giuridiche estranee al mondo medievale. Ricade in questo errore di prospettiva il pur pregevole studio di Ugo Nicolini: U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., in specie pp. 175-292, a proposito del quale si può ben condividere la critica mosseggi da P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., p. 144. Interessanti notazioni, anche in prospettiva storica, in G. LOMBARDI, *Legalità e Legittimità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino 1963, pp. 577-582.

¹⁷ *The Liber pauperum of Vacarius*, ed. F. DE ZULUETA, London 1927, p. 236.

limiti di tempo, in via di semplice eccezione o di azione *de facto*¹⁸.

Per il secondo testo (*Lo Codi*), di rilievo è il trattamento delle sentenze arbitrali, in cui si impone l'invalidità per espressa violazione di legge; va osservato che l'invalidità delle decisione è indipendente dalla consapevolezza o meno del vizio da parte dell'arbitro, ma dipende unicamente dalle sue mancanze intrinseche¹⁹: inoltre occorre segnalare il brano avente riguardo all'invalidità della decisione arbitrale, le cui caratteristiche sono pressoché paragonabili a quelle delle decisioni giudiziali:

«*Quod sententia data contra rationem non valet*. Arbitri sententia, sive iusta sive ingiusta fuerit, observari debet, nisi aperte fuerit data contra leges, vel pro pecunia vel pro amicitia, quia tunc teneri non debet, sed hodie non valet sententia inrationabiliter provata, sive arbiter scienter vel inscienter sententiam dixit. Arbiter debet dare iudicium in presencia utriusque partis, set in una parcium non fuerit in placito die stabilita, debet dare penam quam promisit. Sententia autem non valet, si non fuerit ibi ambe partes, nisi hanc convencionem fecerunt quando posuerunt se in

¹⁸ Sulla stessa linea si può collocare un altro passo della stessa compilazione, che stabilisce un termine molto lungo (vent'anni) per rilevare attraverso il rimedio della *retractatio* la nullità della sentenza: «De sentiitiis latis adversus fiscum retractandis. ... Quando lata est sententia per gratiam vel per sordes vel per prevaricationem, potest: nichil valet ipso iure, et potest retractari infra XX annos» (*Ibidem*, p. 28).

¹⁹ «*Quod sententia data contra rationem non valet*. Arbitri sententia, sive iusta sive ingiusta fuerit, observari debet, nisi aperte fuerit data contra leges, vel pro pecunia vel pro amicitia, quia tunc teneri non debet. Sed hodie non valet sententia inrationabiliter provata, sive arbiter scienter vel inscienter sententiam dicit» (*Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer sprache aus der mitte des XII. Jabrunderts*, a c. H. FITTING und H. SUCHIER, Halle 1906, pp. 34-35): la rubrica fa riferimento alle decisioni arbitrali, ma esprimono una linea di tendenza comune anche alle decisioni strettamente giudiziali; si osservino anche le fattispecie d'invalidità – già rilevate – delle sentenze venali. Per l'edizione dell'opera nel testo provenzale, F. DERRER, *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalische Sprache aus dem XII. Jabrundert. Die Provenzalische Fassung der Handschrift A* (Sorbonne 632). *Vorarbeiten zu einer kritischen Textausgabe*, Zürich 1974; in merito cfr. per tutti A. GOURON, *Du nouveau sur le Codi*, in *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Age*, London 1984, pp. 271-277.

manu arbitri, ut ipse posset dare sententiam sine una parcium vel sine utraque: nam tunc coguntur partes stare sentencie et dare pignora et promissionem. Sin autem pena non fuit inde promissa nec manulevator nec pignora, set ambe partes inter se tantum promiserunt quod facerent quod arbiter diceret, et aliqua parcium noluerit id facere, tunc debebit tantum dare alii parti quantum sibi prodesset, si observarent dictam sententiam»²⁰.

Il passo si apre con il richiamo al principio canonistico della ‘stabilità’ delle decisioni²¹; principio superato soltanto dai casi d’invalidità, determinati anzitutto dalla violazione di legge e poi dall’ingiustizia causata da corruzione o patente parzialità dell’arbitro, oltre al caso di ‘irrazionalità’ della decisione; su tale espressione occorre spendere qualche parola, poiché essa può ricondursi – a mio parere – alla sua illogicità o alla sua intrinseca attitudine a violare i canoni della giustizia sostanziale. In tal senso non rileva la coscienza dell’arbitro, ma solamente l’obiettivo risultato della sua attività decisoria. Anche se non si tratta propriamente di una rubrica dedicata alle pronunce giudiziali, è comunque di un certo rilievo il fatto che compaiano con riguardo all’invalidità non soltanto le note invalidità per *errores in procedendo*, ma assumano rilievo anche i vizi *in iudicando* e particolarmente valutazioni di giustizia e di equità²².

²⁰ *Lo Codi. Eine Summa Codici...* cit., pp. 34-35: la rubrica fa riferimento alle decisioni arbitrali, ma esprimono una linea di tendenza comune anche alle decisioni strettamente giudiziali; si osservino anche le fattispecie di nullità – già rilevate – delle sentenze venali. Di una certa importanza è pure la rubrica intitolata *Arbiter non potest sententiam mutare postquam dederit eam*: «Postquam arbiter dicet sententiam de placito, non poterit postea illam mutare, sicut nec iudex. Sed hoc verum est, quando placitum firmatum est in manu sua tantum unius rei vel unius questionis. Set si placitum est de multis rebus, debet considerari si res fuerint coniuncte vel divise, quia si communes sunt, quamvis hoc non fuit dictum in principio, arbiter debet de his omnibus simul iudicare, et aliter non valebit sententia» (*Ibidem*, pp. 35-36).

²¹ Presente, ad esempio, nel *Decretum* e derivante da un passo di papa Gregorio Magno: «Sententia pastoris, sive iusta sive iniusta fuerit, timenda est» (C. XI, q. 3, c. 1): cfr. R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 7-21.

²² Tali sottolineature sono proprie specialmente della tradizione canonistica coeva: R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., in specie pp. 51-117. Cfr. *infra*, cap. IV.

Proseguendo, un passo interessante è contenuto nel trattato *Superest videre* (edito da Antonio Padoa Schioppa), risalente agli ultimi decenni del XII secolo, in tema di appello e di nullità: «*Quando appellare non necesse est*», che riporta i casi di sentenza nulla avverso ai quali non è necessario proporre appello; ne enuncia alcuni: *contra legitimum ordinem iudiciorum, cum contra ius constitutionis sententia datur, sententiam contra tam manifesti iuris formam nullas vires habere palam est, sententia venali mercede vel error calculi, rem impossibilem vel turpem*. Si tratta di un'impostazione ancora tradizionale, che considera la sentenza invalida come sentenza inesistente; peraltro, in un punto si apre una breccia e si intravede la possibilità di confermare la sentenza viziata attraverso l'uso improprio dell'appello:

«Contingit tamen interdum sententiam contra constitutiones latam confirmari, id est cum appellatione deserta iudicati convenitur; sed si appellare volens prescriptione duorum vel trium dierum sit submotus, sententia minime confirmatur ne ei appellatio prosit, qui eam respuendam dixit»²³.

Già nel secolo XII, perciò, s'impone nella prassi (ed è ripreso dalla dottrina) il tema della possibile (anche se tacita e – per così dire – ‘involontaria’) convalida delle sentenze nulle mediante l'utilizzo del tutto irrituale di uno strumento di impugnazione e di gravame come l'appello²⁴.

Nel complesso, si tratta di testimonianze estemporanee, che si collocano per lo più nel solco della ripetizione dei principi romanistici, anche se si possono già individuare alcune novità ed aperture, come l'affiorare del criterio della «razionalità» quale condizione di validità della decisione, mentre non compare ancora la valutazione della «giustizia» come motivo d'invalidità.

²³ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, p. 243; l'intera edizione del trattato è alle pp. 241-244.

²⁴ Indicazione non particolarmente significative – in tema di appello e gravame – contengono anche alcuni passi inediti: cfr. ms. Lat. 4450, Paris, Bibl. Nat. e ms. Lat. 4452, Paris Bibl. Nat. (entrambi disponibili in microfilm presso la Biblioteca dell'Istituto di Storia del diritto italiano dell'Università Statale di Milano).

3. *Da Rogerio al contributo ordinatore di Piacentino.*

Per far emergere il percorso compiuto dalla scuola della glossa dopo i primi giuristi, si può dare conto – anzitutto – di alcuni passi di Rogerio²⁵: in primo luogo quelli editi da Gustav Haenel:

«*An valeat sententia a iudice corrupto. Item quem iudex sorde pecunie corrupto iniustam sententiam fert, quaeritur, an sententia teneat? Respondent: tenet, quum non sit contra leges vel contra constitutiones expressim lata; tunc enim non valet, ut D. De Appelat. (D 49,1 L. Si expressim, 19), imo potius videtur contra ius litigatoris lata, licet hic id non sit admittendum quia tunc necessaria erat appellatio*»²⁶.

Si ripropone – in un caso ‘classico’ come quello della sentenza emessa da giudice corrotto – il problema della sua validità; con precisione la dottrina argomenta che l’invalidità dipende dal concreto della decisione e non soltanto dalla corruzione del giudice e che di per sé non la determina. Occorre perciò indagare se la sentenza sia espressamente contraria al diritto (ed in questo caso è invalida di pieno diritto) oppure se non sia semplicemente *contra ius litigatoris* e sia pertanto appellabile²⁷.

²⁵ Cfr. *De ordine iudiciorum*, in ROGERIO, *Summa Codicis*, in *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, a c. G.B. PALMIERI, I/II, Bologna 1888, p. 40.

²⁶ *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, a c. G. HAENEL, Lipsiae 1834, p. 140. Si osservi l’importanza di un altro passo di Rogerio che affronta con precisione il nodo della *querela inofficiosi testamenti* in relazione all’invalidità: «Dicunt Quidam: testamento facto, quo filius sit preteritus vel minus rite exheredatus, ipso iure nullum est testamentum nec opus est querela, et dicunt, hodie non esse locum querelae, nisi inter fratres, turpibus personis institutis. Alii vero dicunt, quod si filius in protestate constitutus sit et praeteritus, ipso iure nullum est testamentum, ut olim; si vero exheredatus, tunc irritandum est per querelam, et querela perlata non est ipso iure nullum testamentum» (*Ibidem*, n. 53, p. 159). Le considerazioni esposte per il regime testamentario, penso si possano estendere anche alla *querela nullitatis* ed al regime delle sentenze invalide *ipso iure*. Lo stesso Rogerio riprende l’argomento della *querela* in *Summa Codicis*, cit., pp. 42-44.

²⁷ Seguendo le fonti giustinianee e il percorso della dottrina, Rogerio ritiene del tutto superfluo il ricorso all’appello in caso di sentenza invalida: Quando provocare necesse non est et quorum appellationes non suscipiantur. Non est opus provocatione

La differenziazione di regime e di trattamento fra le sentenze ingiuste *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris* è ormai un dato acquisito dalla dottrina²⁸. Va segnalato, fra i passi della *Summa Codicis* di Rogerio, il trattamento della sentenza invalida per assenza di minore ed i suoi rapporti con il rimedio (straordinario) della *restituito in integrum*:

«Quomodo et quando iudex sententiam proferire debet presentibus partibus vel una absente. ... Que sit nove legis forma palam est: cessante vero sollempnitate, quod adversus absentem statuitur ipso iure contra minorem absentem statuitur ipso iure viribus caret. Preterea singulari iure contra minorem absentem nec defensum lata sententia nulla est habenda. Si vero hoc patiatur in integrum restitutione forsan evitabit sententiam»²⁹.

Con Piacentino, invece, si fa strada un'impostazione più precisa e rigorosa; l'interesse per la sentenza ed il suo regime di validità o d'invalidità si può leggere in passi ampi ed esplicitamente dedicativi, non solo in glosse incidentali o in ragionamenti principalmente dedicati ad altri temi.

Una logica ferrea ed una ricca casistica caratterizzano la ricostruzione piacentiniana della sentenza invalida nella *Summa Codicis*, che evidenzia sette grandi categorie di invalidità della sentenza, classificazione che condiziona in larga misura tutto lo sviluppo successivo. L'analisi del tema viene proposta dal giurista nella rubrica *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*

si iure sententia non tenet, ut si contra ius est pronuntiatum, aut eo pro constanti abito quod apud ordinarium iudicem pendat in questione, vel iudex aliter quam ei iure permittatur iudicet, seu venalem mercede corruptus sententiam proferat, vel si quo alio modo irritum sit quod statuit» (ROGERIO, *Summa Codicis*, cit., pp. 138-139).

²⁸ Lo documenta un altro passo dello stesso Rogerio: «De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. ... Contra ius enim lata sententia infirma est; quemadmodum iniqua per appellationis infirmari potest. Equitas enim partim iure comprehensa est, ut illam estimationem eius quod interest in his que nature vel quantitatis certe sunt, duplum egredi non debere; partem autem iudici statuendo permittitur ut iam dicta estimatio in casibus incertis» (ROGERIO, *Summa Codicis*, cit., pp. 136-137). Si vedano anche P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 147-164 e U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 107-119 e pp. 337-367.

²⁹ ROGERIO, *Summa Codicis*, cit., p. 136.

posta in corrispondenza della riflessione piacentiniana intorno al VII libro del *Codex*, titolo XLVIII. È opportuno, perciò, esaminare con attenzione i passaggi dell'articolato e raffinato ragionamento di Piacentino:

«*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*. Diximus de modis referendarum sententiarum, nunc dicamus de omnibus qualitatibus earum legum. Exponamus quae sententiae non valeant, et sic per consequentiam poterimus intelligere quae debeant valere. Deprehenditur sententia inutilis ratione personae, tam iudicantis quam litigantis. ... Ratione litigantium sententiae fiunt nullae si pupilli, adultisve sine defensoribus suis iudicium subierint, condemnataeque fuerint, sed pro eis data valebit. ... Ratione rei nulla est sententia, si Pedaneus iudicaverit de libertate, si arbiter de criminali quoque, si procurator Caesaris de ingenuitate, si Episcopus de civili crimine. Ratione causae nulla est sententia de re iudicata lata. Idem si non est absolutoria, vel condemnatoria. ... Ratione temporis sententia est nulla si sententiam iudex dixerit diebus festivis, vel tempore messium et vindemiarum; sed in hoc ultimo omnium consensu partium dicta sententia valebit, in primo minime. ... Ratione loci nulla est sententia si fuerit dicta in alio loco, quam in eo quem iudex statuerit, vel in loco minus honesto, ut in popina et lupanari. ... Ratione ordinis nulla est sententia, puta si non procuratorem civiliter litigantem, sed dominum iudex condemnaverit. ... Idem si iudex primum sententiaverit, postea causam examinaverit. Item inutilis est sententia, quae non fuerat pronunciata secundum idoneas leges, vel secundum longaevas non tamen pravas consuetudines: non enim exemplis, sed legibus iudicandum est, nisi principis iudicasset, principis enim sententiae leges sunt»³⁰.

Il passo muove da un'osservazione logica elementare, ma rivelatrice di una finezza d'approccio e di una riflessione non chiusa in se stessa, ma volta al pieno funzionamento dell'intero sistema. L'osservazione base è questa: con l'esposizione dei casi in cui la sentenza è da ritenersi invalida, potrà emergere con

³⁰ PIACENTINO, *Summa Codicis*, Maguntiae 1536, rist. an. Torino 1962, con *Prefazione* di F. CALASSO, *Ad septimum librum Codicis*, tit. XLVIII, pp. 347-348.

chiarezza la piena validità di tutte le altre. Anzitutto egli considera «irrilevanti» – cioè invalide – le sentenze viziate da gravi anomalie dei soggetti del procedimento³¹. Così la sentenza è nulla se il giudice è considerato indegno³², se questo era privo di giurisdizione, se una parte era stata erroneamente citata. La condizione personale del giudice (soprattutto) o delle parti (in qualche caso) rileva ai fini della validità della sentenza da un punto di vista oggettivo, di *status* personale, indipendentemente dal tipo di attività posta in essere dai soggetti nel corso del processo. Identica sottolineatura della qualità personale è presente nell'indicazione della nullità per difetto delle parti (siano esse minori o capaci senza adeguata assistenza)³³ che provoca senz'altro la nullità della sentenza, a meno dell'eccezione significativa «sed pro eis data valebit»³⁴.

Motivo d'invalidità legato alle diverse giurisdizioni presenti nel complesso mondo medievale è la successiva categoria individuata da Piacentino, che pone l'accento sull'incompetenza del-

³¹ Si può osservare che Piacentino utilizza il termine «inutilis» solo in questo caso mentre negli altri utilizzerà sempre il termine «nullus». Peraltro, le due espressioni possono ritenersi pressoché sinonime.

³² Cioè secondo il linguaggio usato «infame», non degno di fede, non credibile; occorre comunque distinguere nettamente l'infamia come causa di invalidità di un atto giuridico dall'infamia come sanzione applicata ad un giudice (ad es. corrotto o iniquo) che abbia posto in essere una sentenza nulla. Questo secondo profilo della responsabilità del giudice è trattato in U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 107-109 e pp. 337-392. In generale sul tema, si vedano P. LANDAU, *Die Entstehung des kanonischen Infamiebegriffs von Gratian bis zur Glossa Ordinaria*, Köln 1985 e F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII-XIII*, Catania 1985. In definitiva, dunque, l'infamia può dipendere da molte cause, una delle quali è l'aver posto in essere sentenze viziate; a sua volta l'infamia del giudice (senza distinzioni della causa che l'abbia prodotta) implica l'invalidità della sentenza resa dal giudice infame.

³³ Sulla capacità giuridica e sulla minore età si vedano, per tutti, D. MAFFEI, *Capacità. Premessa storica (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, pp. 3-8; U. GUALAZZINI, *Età (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 80-85; osservazioni generali anche in P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. I. Diritti delle persone e di famiglia*, Milano 1960, pp. 90-95.

³⁴ PIACENTINO, *Summa Codicis...* cit., ad *septimum librum Codicis*, tit. XLVIII, pp. 347-348.

l'organo giudicante³⁵. L'incompetenza provoca la nullità assoluta della sentenza se è anch'essa assoluta³⁶. Come esempio si riporta il caso della pronuncia penale sui reati di sangue da parte dei vescovi (che come noto erano incompetenti a giudicare su tali questioni)³⁷. La costruzione di queste fattispecie d'invalidità della sentenza rispecchia in linea generale il rispetto dei capisaldi dell'ordinamento, con le basilari qualificazioni personali e di *status* in primo piano; considerazioni di rispetto dell'ordine sociale, dei fondamenti religiosi e – si potrebbe dire – dell'ordine pubblico, incanalano le soluzioni giuridiche verso direzioni in larga misura obbligate.

Nelle categorie successive individuate nella ricostruzione piacentiniana prevalgono senz'altro considerazioni più legate alla tecnica ed all'equilibrio intrinseco delle regole processuali. Con riferimento al «vizio» causale il glossatore raggruppa alcuni difetti procedurali di una certa gravità che conducono – a suo pa-

³⁵ Nel diritto attuale i concetti di giurisdizione e di competenza postulano la presenza di un ordinamento statale, in cui si è affermato – a livello costituzionale – il principio dell'unicità della giurisdizione (su cui cfr. il saggio di A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Torino 1995). Tutto ciò non può valere per il medioevo, dove il termine *iurisdictio* indica qualcosa di molto più vasto dell'attuale attività giudicante e dove la ripartizione delle competenze segue criteri diversi da un ordinamento come quello odierno: cfr. P. COSTA, *Iurisdictio...* cit., *passim* e L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal medioevo al XIX secolo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, Torino 1990, pp. 71-82.

³⁶ La complessa incidenza della competenza sulla validità della sentenza (e dell'intero giudizio) viene proposta anche in una rubrica successiva secondo una casistica complessa: «*Si a non competente iudice iudicatum esse dicatur*. Si a iudice non competente fuerit iudicatum, nullum est iudicium: hoc quod sit quatuor modis. Ecce enim si quis tanquam iudex iudicet, qui tamen nulli iurisdictioni prae erat, eius sententia non valebit; nec tanquam arbitri, quia velut arbiter aditus non est nec tanquam iudicis, quia nec alias iudex fuerat. Item si alius iudex pro alio per errorem aditus est, sententia errantes minime tenebit. Item si extraneus iudex quem compulerit sine principis scripto suo stare sudicio eius sententia non astringet nec oberit. ... Item si iudex de alia re iudicavit, quam de qua iudicare debuit: ut si de bove iudicare debuit et iudicavit de codice, etiam nulla erit sententia ...» PIACENTINO, *Summa Codicis*, cit., *ad tit. LI*, p. 350.

³⁷ Per tutti, P. BELLINI, *Denunciatio evangelica e denunciatio iudicialis*, Milano 1986 e J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico...* cit., pp. 585-596.

rere – all’invalidità della sentenza. Anzitutto è da ritenersi invalida la sentenza pronunciata su una causa già passata in giudicato³⁸. Inoltre la sentenza – come già rilevato nelle glosse dei primissimi giuristi medievali – deve avere un dispositivo preciso ed identificato (o almeno agevolmente identificabile), pena l’invalidità della decisione.

La scansione del tempo condiziona fortemente l’attività del giudice e di conseguenza la validità di tutti i suoi atti; è considerata da Piacentino nulla *ipso iure* la sentenza pronunciata nei giorni festivi. Di diverso tipo è invece il vizio che colpisce la sentenza resa nei giorni di raccolto o di vendemmia: in questa circostanza un accordo fra le parti può consentire una valida pronuncia da parte del giudice³⁹.

³⁸ Si fa strada già con Piacentino un argomento di rilievo per tutta la dottrina medievale: il valore assolutamente preclusivo del giudicato. Esso rappresenta per i giuristi medievali un limite invalicabile per ulteriori valide pronunce sulla stessa causa. Tali concetti vengono elaborati in parallelo, anche se con sfumature differenti, dai civilisti e dai canonisti: cfr. L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., 9-84. Si vede bene come l’assoluta preclusività del giudicato trovi concordi civilisti e canonisti, che differiscono, invece, sul passaggio in giudicato delle sentenze; la cautela dei canonisti ben si comprende, soprattutto con riferimento alle cause «spirituali». In particolare i civilisti propendono per l’ordinaria stabilità e certezza delle sentenze, mentre i canonisti (facendo prevalere lo *ius veritatis* sullo *ius constitutionis* – l’espressione è di P. CALAMANDREI, *La teoria dell’error...* cit., p. 156 – fanno prevalere nelle cause di *status* la tangibilità delle sentenze). In ogni caso il concetto di «res iudicata» non si presenta univoco nelle fonti ed una certa coerenza del sistema è assicurata dall’acuta riflessione dei glossatori. Così il passo di Piacentino si coglie il nodo del problema: «Re iudicata. Res iudicata tanc dicitur cum nullus iuris rimedio, id est nec appellationis, nec supplicationis potest attentari. ... Nempe res iudicata pro veritate accipitur, et veritati praeiudicat: neque quod iudicatum est, facile erit retractandum» (PIACENTINO, *Summa Codicis...* cit., ad tit. LV, p. 352); si noti l’assenza dell’*actio* (o *querela nullitatis*) che non si è ancora distintamente affermata nel pensiero del Piacentino. Si veda anche il passo seguente sulla differenza fra sentenza interlocutoria e definitiva: «Haec de definitivis sentiitiis. Sane interlocutio dicitur iudicis *sententiola* data inter causae principium et finem: puta si iudex iusserit ut is contra quem testes duraturi sunt, in alia provincia illud peragat, procuratoremque mittat ...; vocatur quod haec sententia definitio semiplena. Porro definitiva sententia dicitur *definitiva plenissima*, quia plenissimum finem imponit» (*Ibidem*, ad tit. XLVIII, p. 348).

³⁹ È dunque un caso in cui il vizio della sentenza è a «disposizione» delle parti, poiché la previsione che vieterebbe la pronuncia in certi giorni dell’anno è qui rinun-

Dopo il tempo, lo spazio. La sentenza deve essere pronunciata in luoghi degni della «giustizia», né dunque sconvenienti, né tantomeno insoliti⁴⁰. Da ultimo Piacentino ricomprende sotto la vasta categoria dell'*ordo* una serie di altri mancati adempimenti procedurali che non rientrano nelle categorie già esposte e che viziano altrettanto irrimediabilmente la sentenza. Trova spazio in tale ambito la rilevante necessità della sentenza di accordarsi al diritto a pena d'invalidità, con la precisazione significativa di comprendere a pieno titolo nel diritto, accanto alla norma scritta⁴¹, anche la consuetudine⁴². Non viene considerata invalida, invece, la sentenza condizionale: per Piacentino è, al più, appellabile⁴³.

Altre tipologie d'invalidità si trovano, inoltre, in altre rubriche sparse della medesima opera e riguardano l'errore di calcolo e la pronuncia della sentenza in stato di pericolo⁴⁴. Sia la sen-

ciabile concordemente dalle parti. La situazione è diversa dal caso precedente di divieto assoluto di pronuncia nei giorni festivi, che non può essere superato da nessun accordo. Le categorie delle invalidità disponibili ed indisponibili dalle parti (per quanto riguarda le sentenze) o dai contraenti (per quanto riguarda i contraenti) sono assai dibattute anche dall'attuale dottrina. In proposito si può menzionare una significativa questione riportata (e ampiamente commentata secondo la giurisprudenza e la dottrina ottocentesca) dal Rivalta, che riporta nel dettaglio il parere dei maggiori glossatori (fra cui Piacentino, Pillio, Azzone e Giovanni Bassiano) che ritengono che nessuna convenzione potesse darsi fra le parti sulla cosa giudicata: cfr. V. RIVALTA, *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna 1895, «Disputa decimottava», pp. 191-198.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit., p. 353. Si può presumere che l'elenco proposto dal Piacentino sia un elenco «aperto», non tassativo, ma piuttosto esemplificativo.

⁴¹ Le fonti si riferivano, evidentemente, al diritto generale; passaggio rilevante è quello operato nell'epoca dei glossatori che, attraverso la considerazione del valore della consuetudine, attribuiscono forza 'irritante' non solo allo *ius commune*, ma anche allo *ius proprium*: si veda in proposito A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., p. 23 ed *infra*, cap. V.

⁴² Va ovviamente ribadita l'importanza del fenomeno consuetudinario nel diritto medievale: per tutti, P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 87-108 e pp. 182-190 (con le indicazioni ulteriori ivi contenute).

⁴³ Su questo punto la posizione di Piacentino è abbastanza isolata fra i glossatori: quasi tutti la considerano, infatti, invalida: in generale si veda F.E. VASSALLI, *La sentenza condizionale: studio sul processo civile*, Roma 1918.

⁴⁴ Rileva anche qui ai fini dell'invalidità la concreta situazione psicologica del giudicante; l'alterazione del convincimento della persona del giudice – in linea gene-

tenza contenente errore di calcolo⁴⁵ che la sentenza pronunciata da un giudice non libero nel convincimento perché in stato di pericolo provocano l'invalidità della sentenza stessa.

Per comprendere più a fondo la visione di Piacentino non basta, però, la disamina sistematica delle diverse specie d'invalidità della sentenza che egli evidenzia a commento di alcuni passi del *Codex* giustiniano; occorre pure prestare attenzione ai passaggi dedicati alla responsabilità del giudice. Anche qui tornano le invalidità della sentenza, ma in modo più complesso ed articolato che supera senz'altro l'analisi descrittiva, o poco più, dei passi fino ad ora presentati. Piacentino lega dunque l'invalidità della sentenza alla responsabilità del giudice; in linea di massima, infatti, per Piacentino le cause d'invalidità sono legate all'attività o alle situazioni del giudice e l'invalidità si pone in senso generale quale sanzione di un comportamento gravemente illegittimo da parte del soggetto giudicante⁴⁶.

Il punto di vista di Piacentino è pertanto quello della sottomissione dell'attività giudiziaria al fine ultimo della ricerca della giustizia sostanziale e della realizzazione in concreto dell'*aequitas*; da quest'angolo di osservazione scaturisce la sua visione, centrale nel discorso del processo e del regime della sentenza, dei doveri e della responsabilità del giudice. Le invalidità della sentenza dipendono in larga misura, per Piacentino, proprio dal venir meno del giudicante nei suoi doveri principali.

Il comportamento processuale illegittimo del giudice comporta gravi danni secondo l'ordinamento e pertanto gravi conseguenze: anzitutto l'invalidità della sentenza viziata ed in secondo luogo sanzioni personali e pecuniarie a carico dello stesso giudi-

rale – provoca dunque l'invalidità della sentenza stessa. Il riferimento piacentiniano è il seguente: *Summa Codicis...* cit., ad tit. XLVII, p. 347.

⁴⁵ *Ibidem*, ad tit. LXIII, p. 397: «Talis sententia ipso iure prorsus nulla est et citra provocationem corrigitur». L'*error calculi* come causa d'invalidità della sentenza, già previsto dalle fonti romane sarà oggetto di numerosi richiami dalla dottrina intermedia, con una sostanziale uniformità di vedute da parte dei diversi giuristi.

⁴⁶ PIACENTINO, *Summa Codicis...* cit., ad tit. LII, p. 350 «De poena iudicis, qui male iudicavit».

cante. Sia i passi sull'invalidità delle sentenze con riguardo al giudice che i passi riguardanti le altre categorie d'invalidità della sentenza vengono inserite da Piacentino in un'ottica particolare; si accordano, infatti, nella riflessione piacentiniana le considerazioni tecniche e di pura costruzione logico-giuridica con un'attenta valutazione dei valori e degli scopi che muovono tutto il sistema giuridico; in tal senso il processo svolge nell'ordinamento una funzione irrinunciabile – quasi sacra⁴⁷ – nella ricerca della verità e della giustizia.

Tutto ciò è testimoniato pure dall'ampio commento dedicato all'appello ed in particolare alle relazioni fra appello e invalidità della sentenza, di cui si riporta un breve passo:

«*De appellationibus et consultationibus. ... A sententia appellari debet, quae contra aequitatem litigatoris fuerit lata, secus si expressim fuerit contra iuris rigorem iudicatum, tunc enim provocare necesse non est, licet de supervacuo et solet (sic) et possit appellari*»⁴⁸.

Per quanto riguarda il trattamento delle invalidità Piacentino muove pertanto da un'attenta valutazione delle fonti romane, richiamando il possibile utilizzo 'irrituale' dell'appello quale mezzo per accertare le invalidità, che restano in ogni caso rilevabili e opponibili anche trascorsi i termini ordinari delle impugnazioni. Non risulta, invece, la presenza di uno specifico

⁴⁷ Lo testimoniano i frequenti riferimenti scritturistici, come quello significativo a Gerusalemme: «Sed non est laudabile Hierosolymis fuisse, sed bene vixisse. Sed et coelum non animum mutant qui trans mare currunt. Item executor qui datus est, ut rem iudicatam exequatur, si iudicaverit, si iudicaverit: profecto talis ab eo dicta sententia prorsus est nulla» (*Ibidem, ad tit. XLVIII*, p. 348).

⁴⁸ PIACENTINO, *Summa Codicis...* cit., ad tit. LXIII, pp. 356-357. In merito cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 44-45: «Che l'appello successivo a una sentenza nulla fosse dai glossatori considerato non necessario è indubbio. È degno di nota, però, che sia stata conosciuta e precocemente accolta da loro una pratica contemporanea, diretta proprio a utilizzare l'appello per l'accertamento della nullità. Se già nel Piacentino vi era un chiaro segno di questo atteggiamento, al principio del Duecento esso ricevette una piena conferma in un passo della 'Lectura' di Azzone, ove nessun dubbio viene sollevato sulla legittimità di un procedimento che doveva essere molto frequente».

mezzo d'impugnazione delle invalidità accostabile alla successiva *querela nullitatis*.

Piacentino tratteggia, nel complesso, con equilibrio un quadro articolato in cui si intersecano validamente soluzioni tecniche, logica sottile, sagace lettura della realtà sociale del tempo ed esigenze superiori di equità e di giustizia sostanziale. Ed in questa prospettiva il suo contributo allo sviluppo delle invalidità nella dottrina medievale è senz'altro rilevante ed imprescindibile per lo sviluppo successivo, anche dal punto di vista dell'inquadramento teorico e delle finalità del buon funzionamento dell'ordinamento giuridico⁴⁹.

4. *Da Piacentino ad Azzone.*

Insieme all'opera di Piacentino, è possibile rinvenire in Giovanni Bassiano ed in Pillio, prima degli sviluppi di Azzone, un'enunciazione accurata della struttura del nuovo processo romano-canonico, che assume a cavallo fra XII e XIII secolo – dopo una gestazione che coinvolge contemporaneamente sia la dottrina sia la prassi giudiziaria – una struttura ormai consolidata: in tale contesto complessivo s'inseriscono alcuni passi dedicati alle sentenze ed alle loro diverse invalidità. Nell'*ordo* attribuito a Giovanni Bassiano vengono riportate le loro opinioni circa la nota invalidità delle sentenze venali e di quelle contrarie al diritto⁵⁰.

⁴⁹ Anche l'esame della *Summa* piacentiniana alle Istituzioni conferma quando risulta dalla *Summa Codicis*, senza aggiungere – peraltro – elementi di novità: si può vedere soprattutto il passo dedicato ai requisiti dell'arbitrato e del processo: PIACENTINO, *Summa Institutionum*, a c. A. CONVERSO, in *Corpus Glossatorum*, I, Torino, ad *Liber V*, tit. v, pp. 116-117. Qualche indicazione di carattere generale è presente anche nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, di discussa attribuzione, ma da taluni riferito proprio a Piacentino: «Sequitur alia regula, id est cum quid contra leges factum est, ea etiam que ex eo vel ob id subsecuntur, cassa fore et inutilia. Videntur autem aliqua eiusmodi non inutilia, ut in alienando minoris predio pignus ab alio datum» (*Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ed. G. ZANETTI, Firenze 1958, p. 20).

⁵⁰ Cfr. G. BASSIANO, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, in *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, II, a c. N. TAMASSIA-G.B. PALMIERI, Bologna 1892, pp. 213-223 (passi dell'opera sono anche inseriti in L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum...* cit., pp. 102-104). Sem-

Su quest'ultima fattispecie d'invalidità si può rilevare una qualche differenza rispetto a Piacentino, ma nel complesso l'impostazione dei motivi d'invalidità rispecchia quanto già evidenziato in precedenza.

Ritornando all'opera di Giovanni Bassiano, un passo assai significativo documenta la presenza di numerose fattispecie d'invalidità della sentenza, determinate dalla violazione delle norme imperative e da comportamenti illeciti nel corso del giudizio:

«§ 659. Itaque si lata fuerit sententia ut ferri debet valebit; lata vero contra sacras constitutiones vel contra res prius iudicatas vel contra iudiciorum ordinem, ut si non procuratorem civiliter litigantem sed dominum condemnavit, vel si peremptorio non misso, tribusve denunciationibus que sufficiunt loco peremptori, si non constat de contumacia, non valet, ut C. de sententiis et interlocutionibus l. I et III [C. 7,45,1 et 3]; et D. que sententie sine appellatione l. I [D. 49,8,1]; et C. quomodo et quando iudex l. ea que et l. II et III [C. 7,4,7 et 2 et 3]. § 660. Item non tenet sententia si alio die vel loco quam statuto vel minus honesto sit lata [*Ita Cod. sed corrige* quando provocare non est necesse], ut C. de appellationibus l. cum non eo [C. 7,64,6]; et quomodo et quando iudex l. si ut [C. 7,43,5]; et C. de sententiis et interlocutionibus l. cum sententiam [C. 7,45,6]. § 661. Sed non tenet sententia lata ex falsis attestationibus vel falsis instrumentis de quorum falsitate prius quesitum non erat; vel lata a corruptis iudicibus vel per corruptos testes; multo magis si per corruptos et falsos, ut C. si ex falso in strumento l. I et II [C. 7,58,1 et 2]; et C. de appellationibus [*Ita Cod. sed corrige* quando provocare non est necesse] l. venales [C. 7,64,7] et D. de re iudicata l. Divus Pius Adrianus [D. 42,1,33]. § 662. Lata vero sententia per testes solummodo falsos non retractatur ut... [*adest lacuna in Cod.*]. § 663. In quibus causis non tenet sententia, nec opus est appellatione. § 664. Lata vero sententia secundum leges transit in auctoritatem rei iudicatae»⁵¹.

pre di Giovanni Bassiano, va ricordata la *Summa «Quicumque vult»*, ed. L. WAHRMUND, in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, rist. an. Aalen 1962, IV-II, pp. 1-8.

⁵¹ Cfr. G. BASSIANO, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., p. 247.

Anche in questi casi si configura un'invalidità assoluta della decisione, per cui non occorre proporre appello⁵². Già da subito emerge la natura assoluta di tali invalidità, per le quali non si prevede alcun rimedio specifico, né emerge una qualche gradazione nella gravità dei vizi, per cui le sentenze viziata in tal modo sono tutte ugualmente irrilevanti per l'ordinamento⁵³.

In Pillio⁵⁴ l'enuclearsi dei motivi di nullità assume una caratterizzazione più precisa ed analitica rispetto a Rogerio ed a Giovanni Bassiano⁵⁵, richiamando nelle sue linee generali l'imposta-

⁵² «§ 685. Porro si lata est contra res prius iudicatas a quibus non est provocatum, id non tenet, ideoque appellare non est necesse; quaemadmodum si contra constitutiones lata est, vel diffiniendo in calculo errasset et expressisset errorem, ut C. quando provocare non est necesse l. I et II [C. 7,64,1 et 2]; et D. que sententie sine appellatione l. I § 1 [D. 49,8,1 §1]. § 686. Idemque erit si sententia venalis a corrupto iudice fuerit lata; vel per testes corruptos; vel contra solitum ordinem iudiciorum; vel si non procurator litigans sed dominus litis condempnetur, ut C. quando provocare non est necesse l. venales [C. 7,64,7]; et C. de sententiis et interlocutionibus l. IIII [C. 7,45,4]. § 687. Item si non publice sed in secreto loco absentibus officialibus pronuntiaverit; non eo quod iudex cognitionem cause delegatus ceperit, sed ulteriore provocatione non est necesse, ut C. de sententiis et interlocutionibus l. cum sententiam [C. 7,45,6]; et C. quando provocare non est necesse l. cum non eo [C. 7,64,6]» (*Ibidem*, pp. 247-248).

⁵³ «Iudicis auctoritas cum ex iure descendat contra iuris ordinem interposita nulla intelligitur. Unde is, qui ob cessationem tributorum iusso iudicis comparavit, ita demum iuste possidet si praedia sincera fide iusto precio solempniterque distracta sunt. Hec quantum ad usucapionem: nam, quod ad rei et fructuum restitutionem, et iuris error prodest ne quis predo intelligatur» (G. BASSIANO, *De diversis regulis iuris antiqui*, ed. S. CAPRIOLI, *Quem Cuiacius Iohanni Tribuerat*, in «Archivio di Storia del Diritto», VII (1963), pp. 220-221). Cfr. anche IOHANNES BASSIANUS, *De regulis iuris*, a c. S. CAPRIOLI-F. TREGGIARI, Rimini 1983.

⁵⁴ È stato attribuito a Pillio – per un certo tempo – anche l'ordo «Invocato Christi nomine», oggi attribuito da taluni specificamente a Bencivenne, da altri genericamente all'area Toscana (dove peraltro l'influenza di Pillio era ben operante): cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella storia...* cit., II, pp. 131-132. Il testo fa menzione delle tradizionali formalità richieste per la validità della sentenza: «Sed quid, si haec solennitas defuerit, an sententia valebit? Et credo quod non» (*Summa de ordine iudiciorum*, in *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, a c. F. BERGMANN, Gottingae 1842, p. 79). La *summa* non riporta la presenza di uno specifico strumento per le invalidità, limitandosi a declinare la struttura dell'appello; si può ritenere che le nullità venissero considerate operanti *ipso iure*.

⁵⁵ Alcuni passi dell'opera sono editi in N. SARTI, *Maximum dirimendarum...* cit., pp. 277-285, senza indicazioni specifiche per il tema dell'invalidità della sentenza.

zione piacentiniana⁵⁶, come documentato – ad esempio – nella considerazione dell'invalidità della sentenza in rapporto all'invalidità di altri negozi giuridici:

«Sed, ut tollantur, contraria contrariis allegationis excipi: Willemus et dicit nullam fore sententiam, etiam a principe latam. Numquid enim legitime latam sententiam potest infirmari? Numquid transactionem? Numquid venditionem? Numquid testamentum? Numquid obligationem? ... Sed ut breviter et succinte peroretur, respondeat objectis adversarius: nonne in lege continetur quod statuta contra absentes non legitime conventos nullius debent esse momenti? Nec ibi distinguitur persona statuentis. Ergo qualiscumque fuerit, debet irritari quod gestum est»⁵⁷.

Non si trovano, invece, indicazioni relative all'invalidità della sentenza nelle *Quaestiones* pubblicate da Ugo Nicolini⁵⁸, mentre alcuni passi delle sue *Quaestiones sabbatinae* pilliane confermano in linea di massima l'impostazione prevalente degli albori della scuola della glossa. Si possono, infatti, ritrovare le indicazioni di alcune cause specifiche di nullità delle sentenze⁵⁹, oltre all'indicazione della superfluità di una specifica impugnazione nei casi di invalidità della decisione⁶⁰, impostazione che verrà superata solo con Azzone.

Nell'opera di Ugolino de' Presbiteri (che risulta in buona parte inedita) non si rileva lo stesso risultato di sistemazione proprio di Piacentino o di Azzone, ma il suo contributo per le inva-

⁵⁶ In generale, cfr. M.V. BETHMANN HOLLWEG, *Der Civilprozess...* cit., III, pp. 73-82. Inoltre, cfr. A. BELLONI, *Le collezioni delle «Quaestiones» di Pillio da Medicina*, in «Ius Commune», IX (1980), pp. 7-137 e H. HOEHNE, *Pilii Medicinensis Summula de Rerum Exceptionibus «Precibus et Instantia»*, in «Ius Commune», IX (1980), pp. 137-209.

⁵⁷ A. BELLONI, *Le collezioni...* cit., pp. 134-137. L'opera si conclude con il passo seguente: «Michi videtur sine preiudicio melioris sententie principis sententiam a quocumque iudice non posse infringi, sed per ipsum debere adhuc in melius reformari» (p. 137).

⁵⁸ U. NICOLINI, *Pilii Medicinensis, Quaestiones sabbatinae*, Modena 1946.

⁵⁹ Ad esempio, la mancanza della citazione rende ovviamente nulla la successiva eventuale decisione: PILLIO, *Quaestiones sabbatine*, rist. an., Torino 1967, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, I, *Quaestio XXXXIII*, pp. 91-93.

⁶⁰ PILLIO, *Quaestiones...* cit., *Quaestio LXXXIII*, p. 153.

lidità della sentenza è comunque di una certa importanza⁶¹. In particolare egli dedica attenzione al problema della validità della sentenza ingiusta, tema che assillerà specialmente i canonisti⁶². Attira ancora l'attenzione del giurista bolognese la serie degli atti necessari per il compimento della procedura in giudizio, al fine di giungere validamente alla pronuncia della sentenza. Se manca anche solo uno degli atti necessari della serie crolla tutto l'edificio del processo e l'atto finale è condannato irrimediabilmente all'invalidità⁶³, come viene documentato dalla riflessione compiuta sul procedimento concluso in assenza del prescritto giuramento di calunnia⁶⁴.

⁶¹ *Hugolini dissensiones dominorum*, in *Dissensiones dominorum...* cit., p. 270: «Unde ipse Azo ponit casum, quando ipso iure sententia fuit nulla, et sic non infamatur mulier per sententiam vel poenas proprie in actione furti, et ubi tenet sententia, quo casu, licet pareiudicat contra ius litigatoris quoad poenam, non tamen praeiudicat quoad infamiam». Un esame di alcuni manoscritti di Ugolino non ha dato esiti particolarmente rilevanti: Ugolino si limita per lo più a richiamare i passi giustiniane dedicati alle sentenze che non necessitavano di uno specifico atto di appello: cfr. Vat. Lat. 1152, foll. 166-167 (*ad Codicem*); Paris, Bibl. Nat., lat. 4486A, foll. 196-198 (*ad Digestum Novum*).

⁶² Soprattutto con riferimento, come si vedrà, all'ingiustizia della sentenza di scomunica: per tutti cfr. R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., in specie pp. 29-50.

⁶³ Il giuramento di calunnia è considerato un elemento essenziale del procedimento: N. SARTI, *Maximum dirimendarum...* cit., soprattutto pp. 163-273. Fra gli elementi essenziali del processo rientrano anche le formalità per la corretta individuazione della giurisdizione e della competenza, con conseguente invalidità della decisione nei casi di difetto: *Hugolini dissensiones dominorum*, cit., pp. 365-366.

⁶⁴ «An sententia valeat, si iusiurandum calumniae praetermissus est? Sed quaeritur, si sit praetermissus, an valeat sententia? ... Sed quid dices, si expressim remissum fuerit et ita iudex dedit sententiam, an valeat sententia? Et Quidam dicunt, quod non quia iudex nen debet pronuntiare, nisi sacramento prestito etiam ab advocatis, ut Supra ead. L. 2. in pr. [C. 2,59], et factum est contra legem, ergo non valet, ut Supra de le gibus et constitutionibus [C. 1,14, L. Non dubium 5]. Alii vero aliter dicunt, distinguentes, utrum iudex ex certa scientia, scilicet quia sciebat, esse remissus, ferat sententiam, et tunc non valet; an per ignorantiam, et tunc valet, ut vides, quia sententia non debet ferri sub conditione, lata tamen tenet, ut D. Quando appellandum sit [D. 49,4 L. 2 § Biduum, 5], et est generale quoddam, quod ita dicit: Multa sunt, quae fieri non debent, facta tamen tenet, ut Supra Si minor se maiorem dixerit [C. 2,43 L. ult.]. Sed Ego credo, quod sententia non valet, quia etiam iudex debet exigere, ut iurent, ut hic dicitur, et non potest remitti, ut D. de Pactis [D. 2,14, L. Ius publicum, 38]» (*Hugolini dissensiones...* cit., pp. 315-316). Occorre rilevare ancora – nella stessa

Di diversa provenienza è poi di un certo significato anche il contributo del giurista Bonaccorso⁶⁵. In alcuni passi della sua opera dedicati all'esecuzione delle decisioni si coglie con una certa chiarezza la percezione della differenza fra invalidità assolute (nullità) ed invalidità sanabili delle sentenze⁶⁶.

Da ultimo occorre menzionare una testimonianza di rilievo, risalente alla fine del secolo XII ed attribuita dal Savigny al giurista Cipriano, in cui appare già con una certa chiarezza l'utilizzo del rimedio della *querela* quale strumento di impugnazione delle sentenze invalide, ma sanabili, da contrapporsi a quelle viziate *ipso iure* e pertanto insanabili. La glossa di Cipriano utilizza, infatti, il termine *querela* a proposito dell'annullamento di decisioni viziate:

«Si statim nullam vim habet ergo statim irritum ipso iure. Si enim irritandum esset per querelam ut quidam dicunt, ergo ante

raccolta di glosse – la posizione di Ugolino sulla *querela inofficiosi testamenti* (preludio della successiva *querela nullitatis*) e sulla decisione arbitrale (considerata invalida se mancante di elementi essenziali del suo procedimento di formazione): cfr. *Ibidem*, p. 454 e p. 301. Sempre con riguardo all'opera di Ugolino si possono richiamare anche alcuni passi inediti, per lo più con riferimento ai casi di sentenza nulla per la quale non richiesto appello («Quando provocare non necesse est»): cfr. ms. Vat. Lat. 1152 (*ad Codicem*), Bibl. Ap. Vaticana, foll. 166-167; ms. Lat. 4486A (*ad Digestum*), Paris, Bibl. Nat., fol. 196v e fol. 198 (con riferimento al passo *Si expressim* del Digesto). Anche questi manoscritti sono disponibili in microfilm presso l'Università di Milano (cfr. *supra*, nota 24).

⁶⁵ E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., p. 380. Sull'ateneo vercellese, attivo nel terzo decennio del XIII secolo, si vedano E. MONGIANO, *L'insegnamento del diritto a Vercelli tra XIII e XIV secolo*, in *Carta Studii et Scholarum Commorantium in Studio Vercellarum*, Vercelli 2005, pp. 79-103; I. SOFFIETTI, *Contributo per la storia dello 'Studium' di Vercelli nel secolo XIII*, «Rivista di storia del diritto italiano», LXV (1992), pp. 241-254; ID., *L'insegnamento civilistico nello Studio di Vercelli: un problema aperto*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXVI (1993), pp. 131-147; ID., *Lo 'Studium' di Vercelli nel XIII secolo alla luce di documenti di recente ritrovamento*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXVII (1994), pp. 83-90; L. SORRENTI, *Due giuristi attivi a Vercelli nel primo Duecento: Omobono da Cremona e Giuliano da Sesso*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXVI (1993), pp. 415-449 ed EAD, *Tra scuole e prassi giudiziarie. Giuliano da Sesso e il suo «Libellus quaestionum»*, Messina 1999, pp. 55-90.

⁶⁶ UBERTO DE BONACCORSO, *Preludia et Exceptiones*, in *Corpus Glossatorum. Opera Varia*, a c. G.C. CASELLI, V, Torino 1970: «De impedimentis executionis et causis nullitatis seu annullationis rubrica» (pp. 182-216).

sententiam super querela lata vim haberet sicut contractus minoris antequam restituatur efficaciter tenet. Sed hic dicitur statim irritum»⁶⁷.

Le testimonianze riportate documentano, perciò, come già nella scuola dei glossatori fosse ben radicata la distinzione fra invalidità assolute (di derivazione romanistica) ed altre invalidità meno gravi considerate sanabili e provvisoriamente efficaci. Nel complesso, fra i giuristi successivi ad Irnerio, spicca la figura di Piacentino, che individua una linea di tendenza che viene seguita, pur con qualche differenza, da tutti gli altri, a testimonianza – comunque – di una costante (anche se limitata) attenzione da parte di tutta la scuola della glossa all'invalidità della sentenza; tale impostazione sfocia nella pregevole trattazione azzoniana⁶⁸.

5. *La svolta azzoniana*⁶⁹.

Con l'opera di Azzone⁷⁰ – com'è noto – l'elaborazione della scuola bolognese giunge ad un punto decisivo di maturità ed an-

⁶⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, rist. an. Homburg 1961, IV, p. 562. Sul termine querela e sulla sua origine già in diritto romano, cfr. M. MARRONE, *Sulla natura della querela...* cit., pp. 74-122; ID., *Di nuovo in materia...* cit., pp. 399-410 ed A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria*, Milano 1996.

⁶⁸ Va segnalato in questa sede anche il contributo di Roffredo, che ripropone analiticamente nella sua raccolta di questioni civilistiche una ricca casistica di sentenze nulle ed una categorizzazione delle stesse che si pone nella stessa linea già individuata dal Piacentino: ROFFREDO BENEVENTANO, *Libelli iuris civilis*, a c. M. VIOLA, rist. an. Torino 1968, pp. 170-171, § *De actione in factum que datur et re iudicata*.

⁶⁹ «In connessione, appunto, con questo uso anomalo dell'appello è possibile scorgere nella dottrina i primi segni del superamento del concetto antico, secondo il quale la nullità della sentenza significava semplicemente la sua inesistenza. Dopo alcuni interessanti spunti innovatori, risalenti ai primordi della glossa, bisogna, anche qui, giungere alla 'Lectura Codicis' azzoniana per trovare il segno di una svolta decisa» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, p. 45 con mia sottolineatura). Accanto al contributo di Azzone lo stesso Antonio Padoa Schioppa menziona come testo particolarmente innovativo sul punto il trattato 'Superest videre': cfr. ID., *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 231-245.

⁷⁰ Su Azzone, per tutti E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 314-316 e bibliografia ivi riportata. Nello specifico del contributo azzoniano in materia di sentenze e di

che per il tema dell'invalidità della sentenza offre l'elaborazione più compiuta, che costituirà la base per la successiva sintesi accursiana. Nell'enunciazione dei diversi motivi d'invalidità, Azzone giunge ad una nuova impostazione, descrivendo con accuratezza i vari casi d'invalidità, ma preoccupandosi di inserire le diverse fattispecie in un ben definito quadro generale ed in un ben delineato orizzonte teleologico; quale esempio si possono riportare – di seguito – in primo luogo un passo della *Lectura Codicis* seguito, poi, da uno della *Summa*:

«*Iuris ordinem. ... Ex hoc datur intelligi quod non erat audiendus. Ille enim adiri debet, qui secundum ius aliquid postulat, non qui perverso iuris ordine petit. ... Ordo enim iuris servari debet*»⁷¹.

Il passo riprende e sintetizza l'importanza strutturale degli elementi essenziali del procedimento (*ordo iuris*), necessario per giungere ad una pronuncia valida e la cui violazione (o assenza) implica l'invalidità del procedimento e – conseguentemente – anche dell'eventuale decisione. Sulla stessa linea, di una certa importanza generale e sistematica, è anche la seguente precisazione contenuta nella *Summa*:

«*Item sententia vocatur quodcumque iudicantis praeceptis non nature non iuri non bonis moribus contrarius*»⁷².

Il quadro di riferimento del confine della validità delle decisioni viene individuato nell'ordine naturale e nelle consuetudini

impugnative qualche interessante considerazione in F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano 1999, pp. 15-24 e pp. 40-51 e A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 45-47; i due Autori concordano nel ruolo propulsivo di Azzone nello sviluppo della scuola in materia, notando come la glossa magna accursiana ri-prenderà in gran parte proprio le soluzioni azzoniane.

⁷¹ AZZONE, *Lectura super Codicem*, Parisiis 1577, rist. an. in *Corpus Glossatorum*, III, a c. A. CONVERSO, Torino 1966, p. 188.

⁷² AZZONE, *Summa super Codicem*, Papiae 1506, rist. an. in *Corpus Glossatorum*, II, a c. A. CONVERSO, Torino 1966, p. 282.

general⁷³. Dentro questa cornice si precisano le molte figure specifiche d'invalidità, all'insegna di una grande varietà di casi e con la tendenza ad un certo formalismo⁷⁴.

Così si possono vedere i casi – anche curiosi – della nullità della sentenza pronunciata da seduti, ed il caso (esaminato poi anche dal Durante) della sentenza pronunciata dall'alto di una torre (*sic*)!⁷⁵ Ancora, viene considerata invalida la decisione resa

⁷³ Per tutti, in generale, P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 182-195. Indicazioni anche in G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. I. L'obbligo 'ex lege' dei familiari ne giuristi dei secc. XII-XIV*, Torino 1972, pp. 97-109. Anche qui ben si comprende la presenza nel diritto medievale di uno «zoccolo duro» di valori e di precetti non tangibile e non mutabile dall'attività dei giudici, dei giuristi e dei legislatori.

⁷⁴ Il rispetto delle formalità imposte dall'*ordo iudiciarius* costituisce un termine di riferimento obbligato per l'emanazione di sentenze valide: in generale è questa una delle sottolineature più feconde degli studi di Piero Calamandrei: si veda, ad esempio, P. CALAMANDREI, *La teoria dell'error...* cit., *passim*.

⁷⁵ «*De sententiis de periculo recitandis. ... Et quidem nulla est si sententiam sedendo non recitavit iudex, iudicis. n. est sedere cum res que agit desiderat cognitione plenae advocatorum autem stare est. ... Quid si dederit in alta turri et litigatores erant inferiores? Forte valet sententia*» (AZZONE, *Summa super Codicem*, cit. ad C. 7,44,2 p. 282). Il passo di Azzone sarà ripreso anche da Accursio nella glossa 'Recitavit' ad. C. 7,44,2; Accursio prende posizione in ordine alle sentenze pronunciate dal giudice seduto su un carro ed a cavallo: «Sed quidam dicunt, quod sedere debet in cognoscendo, non iudicando, cum prius plene cognovit, quod non placet. Sed qui si in curru, vel equo sedeat, cum forte aliquam timet partium, et velit fugere statim? Respondeo: valet». Azzone propende per la validità di tale sentenza ed anche Guglielmo Durante aderisce a questa opinione, riportando anche una glossa di Accursio: «Quid si pronunciat in alta turri sedendo, et partes sunt inferius? Certe valet secundum Accur. et Dominum meum, arg. ff. de acquir. poss. quod meo. §. si venditorem [D. 41,2,18,2] quia forte timebat sibi ex aliqua causa, unde potest sibi securum locum providere, extr. de spons. cum locum [X. 4,1,14] et de elect. bonae [X. 1, 6, 23] et argu. ad hoc C. ubi senat. vel clari. l. 3 ante med. [C. 3,24,3]» (G. DURANTE, *Speculum iuris cum Ioannes Andreae, Baldi de Ubaldis aliorumque praestantissimorum Iurisconsultorum Theorematis*, Venetiis 1576, p. 802, § *Iuxta* n. 10); si osservi il riferimento del Durante al proprio maestro, Bernardo da Parma. Altra fattispecie per certi versi curiosa è quella della sentenza pronunciata da un giudice seduto su un cavallo, su cui riporto un passo del Durante: «Et faciunt haec in arg. ad quaestionem de illo, qui Ianuae super equum sedens sententiam tulit, nam videtur quod sententia valuerit. ... Licet. n. non videatur sedere, videtur tamen quasi sedere» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 802, § *Iuxta* n. 11). Anche la sentenza del giudice a cavallo è pertanto da considerarsi valida. In linea generale, perciò, la dottrina rifugge una posizione esageratamente

da un soggetto per conto di un altro soggetto: il primo manca – nel pensiero di Azzone – di ogni legittimazione e competenza, perché la delega dei poteri occorre che avvenga per cause specifiche e secondo formalità precise⁷⁶.

Nel prosieguo della sua trattazione, con riferimento anzitutto ai noti passi del *Codex* in materia di sentenza e di impugnative delle sentenze, il giurista bolognese (secondo una linea non distante da quella di Piacentino) sistema coerentemente le «classiche» figure di invalidità della sentenza con un puntuale collegamento alle fonti romane⁷⁷. Nel complesso, la classificazione dei motivi d'invalidità proposta da Azzone, che sarà ripresa ed ampliata dal Durante, fissa le seguenti categorie d'invalidità della decisione: «ratione litigantium, ratione iudicis, ratione causae et iudicis, ratione causae alterius sententiae, ratione temporis, ratione loci, ratione ordinis non servati» (che costituisce una sorta di categoria residuale in cui rientrano numerose e diverse fattispecie d'invalidità)⁷⁸.

formalista ritenendo prevalenti i criteri di realismo e – in certo senso – di «economia processuale». In merito alle sentenze pronunciate da una torre non si può escludere, infine, che il giudice vi si trovasse per prudenza, per evitare le reazioni della parte soccombente...

⁷⁶ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium rubrica*, p. 283. Viene qui affrontato secondo l'ottica del civilista – fra gli altri – un problema centrale per il canonista: quello dei poteri del giudice delegato; com'è noto – infatti – il vescovo era solito delegare le cause ad altri soggetti, scelti secondo regole definite sempre più precisamente nel corso dei secoli. Tale delega lasciava aperte, peraltro, molte controversie sui poteri dei delegati, che condizionavano anche la validità delle sentenze. Offrono un quadro preciso di questi problemi J. GAUDEMET, *Storia del diritto...* cit., pp. 587-596 e P. FOURNIER, *Les officialités au Moyen Âge. tude sur l'organisation, la compétence des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, Paris 1880, rist. Aalen 1984.

⁷⁷ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium rubrica*, p. 283.

⁷⁸ Per un dettaglio delle differenti tipologie dei motivi d'invalidità, mi permetto di rinviare a M. ROSBOCH, *Le invalidità della sentenza...* cit., pp. 191-242. Una precisa elencazione era stata proposta anche da A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 167-170. Va osservato che Azzone prende in esame le nullità della sentenza *ratione expressis erroris* nella rubrica *Quando provocare non necesse est* (p. 291), affrontando in tale sede il rapporto fra invalidità e ingiustizia.

Il primo argomento esaminato è quello della presenza delle parti in giudizio e della loro piena rappresentatività nelle diverse fasi del processo⁷⁹. In secondo luogo l'attenzione viene rivolta al ruolo, agli obblighi ed ai doveri del giudice, alla sua competenza ed al procedimento decisorio in senso stretto; i passi di Azzone riprendono quasi alla lettera quelli di Piacentino nel ritenere invalide le sentenze nei casi in cui il giudice sia venuto meno ai suoi doveri e non abbia rispettato adeguatamente i precetti processuali.

S'inserisce poi nella trattazione il tipico caso dell'invalidità per contrasto della sentenza con una decisione già assunta sulla medesima causa ed impugnata in via di appello⁸⁰; in questo ambito Azzone si occupa anche dell'annosa questione dell'effetto sospensivo dell'appello (considerazione da cui parte della dottrina ha voluto individuare l'origine dell'effetto sospensivo della *querela nullitatis*)⁸¹. Le invalidità legate ai fattori di tempo e di spazio sono note e si rifanno all'impostazione piacentiniana, mentre ben più accurata è la trattazione che riprende ancora una volta l'obbligatorietà dell'*ordo* e l'invalidità conseguente all'inservanza delle formalità processuali previste. In un tale contesto assume una certa rilevanza la peculiare procedura prevista per la materia penale che si differenzia in qualche aspetto dal ceppo procedurale di tipo civilistico⁸².

A proposito della sentenza condizionale, Azzone assume, inoltre, una posizione più rigida rispetto alla dottrina precedente

⁷⁹ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicium rubrica*, p. 283.

⁸⁰ Il passo è significativo: «Item ratione auctoritatis alterius sententie si per appellatione suspense» (*Ibidem*, p. 283).

⁸¹ L'impostazione del problema risale ad Arthur Skedl e viene ripresa anche dal Calamandrei: cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsschwerde...* cit., pp. 139-160 e P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 165-177.

⁸² Sulla procedura giudiziaria penale – con ulteriore bibliografia di riferimento – G. ALESSI, *Il processo penale: profilo storico*, Roma-Bari 2004; inoltre – con particolare riguardo alla dottrina successiva alla glossa – si veda. A. BETTONI, *Res judicata and null and void judgement in the Italian and German doctrine of Sixteenth and Seventeenth-century criminal law. Certain interpretative profiles*, in «Crime, Histoire & Sociétés», 12 (2008), pp. 65-96.

e coeva, considerandola senz'altro nulla di pieno diritto, con un'audace considerazione dei passi giustinianei⁸³, orientati – invece – verso la validità della stessa. L'argomentazione del maestro bolognese è, in proposito, assai rigorosa:

«Hoc intellexerunt quidam quod ipsi praetori possit supplicari, sive eius consiliariis vel assessoribus vel referendariis posset offerri libellus ... et ipse praefectus tantum conoscere de causa, non ipsi et patet quod supplicatio non habet vim appellationis, cum non appellatur ad eundem sed ad maiorem ... Praeterea quia iniquitas sententiae continetur in appellatione et ideo a praefecto non licet appellare: ut dicit l. de minoribus in causae c [D. 4,4,13]. Potest tamen supplicari, cum ibi non contineatur iniquitas. Praeterea quia supplicatione interposta sententia mandatur executioni, ut hici dicit, non autem si appelletur, ut ff. nihil innova. appell. nisi [D.49,7]. *Sub hac forma*. Hoc est intra X dies. Quia se gravatum putabit. i. biennium, hoc habent hic quidam additum»⁸⁴.

Oltre che incondizionata, la sentenza deve avere, a pena anche qui d'invalidità, contenuto preciso e non indeterminato (cioè con assenza di condanna o di assoluzione) e deve essere pronunciata da un giudice dotato di piena giurisdizione e competenza⁸⁵.

Azzone è, poi, fra i glossatori, particolarmente attento anche ad argomenti propri della canonistica, come quello dei poteri dei giudici delegati e della validità delle sentenze di scomunica⁸⁶. Inoltre, egli dedica, infine, ampio spazio e considerazione alla sentenza del giudice corrotto ed alle responsabilità del giudice

⁸³ Cfr. F.E. VASSALLI, *La sentenza condizionale...* cit., *passim*.

⁸⁴ AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., p. 49, ad C. 1,19,1.

⁸⁵ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *Si a non competente iudice iudicatum eesse dicatur*, p. 284. Molto importanti sono anche le precise distinzioni proposte da Azzone per delineare i concetti di sentenze definitive ed interlocutorie, da lui ritenute – rispettivamente – «plena» et «semiplena» (*Ibidem*, *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum rubrica*, p. 283).

⁸⁶ Esaurientemente, J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata apud glossatores (1140-1350)*, Zurich 1967, in specie pp. 149-312. I passi azzoniani sono contenuti, per esempio, in *Summa super Codicem*, cit., *Si a non competente iudice iudicatum eesse dicatur*, p. 284.

nei casi di omessa giustizia o di giudizio ingiusto. Si coglie dal testo del giurista bolognese la considerazione giuridica e sociale della funzione giudicante e le pesanti sanzioni cui viene sottoposto dall'ordinamento proprio quel giudice corrotto o dolosamente inadempiente rispetto ai suoi doveri nel giudizio. Queste fattispecie assumono nella trattazione azzoniana della sentenza e della sua invalidità una certa importanza⁸⁷.

La sentenza resa dal giudice corrotto è generalmente invalida (nulla di pieno diritto), con l'effetto – però – di fondare una responsabilità penale e la responsabilità civilistica di risarcire il danno subito dalla parte ingiustamente soccombente. Si tratta di una questione di indubbio rilievo non solo sul piano storico-sociale, ma anche su quello più direttamente tecnico-giuridico. Una pronuncia radicalmente invalida (da considerarsi, dunque, un nulla giuridico alla stregua delle categorie romanistiche) sembrerebbe produrre – non solo nel mondo dei meri fatti, ma anche nel mondo del diritto – precise conseguenze, come l'obbligo al risarcimento del danno cagionato. In realtà occorre non equivocare la genesi di tale obbligazione extracontrattuale, che non deriva dalla nullità dell'atto in sé considerata, ma più precisamente dal comportamento ingiusto del giudice: la differenza è senz'altro sottile, ma il risarcimento deriva dalla sentenza nulla solamente in via mediata, mentre ha la sua genesi effettiva in un comportamento valutato anche nel mondo dei fatti⁸⁸.

⁸⁷ AZZONE, *Summa super codicem*, cit., *De pena iudicis qui male iudicavit vel eius qui iudicem vel adversarium corrumpere curavit*, p. 284-285. La sentenza pronunciata dal giudice corrotto è da considerarsi generalmente nulla, con la possibilità di agire nei confronti del corruttore mediante *actio de dolo* (*Ibidem*, p. 285).

⁸⁸ Il complesso rapporto fra mondo dei fatti e mondo giuridicamente rilevante assume nel medioevo contorni diversi rispetto all'epoca attuale; la spiccata fattualità, infatti, è cifra costitutiva dell'epoca intermedia ed i confini fra diritto e morale così come fra diritto ed esperienza sociale sono sfumati ed al più spostati a vantaggio di una prevalenza del diritto inteso come ordinamento giuridico nei confronti degli altri fenomeni sociali e pure dell'aspetto legislativo del fenomeno giuridico: cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007, pp. 15-82; indicazioni di rilievo anche in R. BAGNULO, *Il concetto di diritto naturale in San Tommaso d'Aquino*, Milano 1983; B. PARADISI, *Il pensiero giuridico medievale*, in *Storia delle idee politiche economi-*

I casi particolari d'invalidità menzionati vanno poi raccordati alle successive previsioni generali, che si attestano sulla tradizionale categoria delle decisioni «contra ius»⁸⁹. È un concetto assai importante che aggancia la validità delle sentenze ad un livello profondo di coerenza propria dell'ordinamento giuridico; tale precisazione azzoniana consente di superare un certo formalismo ed una certa frammentazione nella costruzione dei diversi motivi di nullità per contrasto con le varie ed obbligatorie formalità imposte ai giudici ed alle parti dall'*ordo iudiciarius*⁹⁰. L'invalidità per violazione della «iuris ratio» costituisce un approdo originale di Azzone e permette di legare le considerazioni – anche assai puntuali – sui diversi motivi di invalidità della sentenza al sistema giuridico nel suo complesso, venendo a condizionare

che e sociali diretta da L. FIRPO, Torino 1983, II-2, pp. 211-336. Per una visione di sintesi sul tema della sentenza venale e sulle sue conseguenze, cfr. M. LUCCHESI, *Giustizia e corruzione...* cit., pp. 157-216.

⁸⁹ «*De sententiis praefectorum pretorii. Litigatoribus. In amplissimo. Quia excellebat alios cognoscebat enim de omnibus personis et si conveniretur praefectus urbi, licet alii non possent: et quia poterat facere legem, nec ab eo appellatur. Si contra ius. Non hoc dicitur, ius praeceptoriae, cum nulla est sententia contra ius lata, sed contra iuris rationem. Non provocandi. Quia appellatio, iniquitatis sententiae continet quarelam, ut ff. de mi. l. praefecti [D. 4,4,17], sed praefectum pretorio non est verisimile inique iudicasse, credidit enim princeps eos non aliter iudicatuos, quam ipse esset iudicaturus. ... Sed supplicandi. Licet ergo supplicare ab eorum sententiis, quae supplicatio petitionem continet veniae proprii erroris, et allegationem circumventionis adversarii, ut ff. de mi. l. praefecti [D. 4,4,17]*» (AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., p. 582, ad C. 7,42,1). Si veda anche il passo seguente: «*Si ut proponis. Quasi contumaciter etc. Et sive contumaciter abesset, sive non, si tamen lata est sententia die feriato, non valet. ... Sed ibi loquitur quando ille qui pronunciavit erat iudex ordinarius, aliud si delegatus, ut hic. Si vero esset compromissarius, et eius sententia ipso iure esset nulla, potest conoscere. ... Loquitur quando nullo iure tenet si vero tenuit, non debet corriere, ut ff. de re iudic. [D. 42,1]. Iudex sive bene sive male fit iudicatum*» (*Ibidem*, p. 583, ad C. 7,43,4).

⁹⁰ Costruzione che raggiunge il suoi vertici con l'*ordo iuris* del giurista bolognese Tancredi e successivamente con lo *Speculum* di Guglielmo Durante. Il formalismo qui evitato non lo sarà, invece, da giuristi dell'epoca matura del diritto comune che dedicheranno amplissimo spazio alle nullità «testuali» della sentenza, con una casistica a dir poco esasperata: mi riferisco, fra gli altri al Vanzio, a Sigismondo Scaccia, al Maranta, a Biagio Altimaro ed al De Franchinis. In merito, qualche osservazione in A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 150-171. Cfr. *infra* i *Cenni conclusivi* del presente studio.

la concreta applicazione delle diverse invalidità sulla base di questo criterio ermeneutico generale e particolarmente flessibile. In questo senso Azzone impone una valutazione complessiva delle invalidità della sentenza non limitata alla casistica presentata, ma legata a considerazioni generali connesse alla giustizia sostanziale e al criterio dell'*aequitas*.

Sempre in questa linea si possono leggere le riflessioni azzoniane intorno alle affinità ed alle differenze di regime della sentenza, dei patti e delle transazioni. È un problema giuridico molto sottile, soprattutto laddove Azzone afferma chiaramente la possibilità di utilizzare il disposto di una pronuncia giudiziale non in sé considerata, ma quale patto o quale transazione⁹¹. Si possono ancora evidenziare nella *Summa* altri passi relativi alle invalidità della sentenza tecnicamente molto raffinati, come la soluzione proposta dell'annoso problema della validità parziale della sentenza, che è categoricamente escluso da Azzone in virtù dell'inderogabile unitarietà della decisione, che non può essere utilmente scissa né divisa e perciò spiega nella sua integralità tutti i suoi effetti, oppure non ne reca alcuno⁹².

⁹¹ AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., p. 585, ad C. 7,44,1: «*De sententia ex periculo recitandis. ... Ibi enim sive scriptis sive die feriato pronuntiatum sit, tenet sententia, non ut Sententia non tenet ut sententia, sed ut sicut pactio vel transactio, quae die feriato fieri possunt. ... Nec dico quod se sedeat si sit in equo, imo stat stapede, unde minus dene fecit dominus Iacobus [Iacopo] qui ianuae in equo armatus tulit sententiam: quia a iudice procedente dilatio peti non potest, ut supra, de dilatio a procedente, secus si in aliquo loco eminenti pronuntietur, puta turri vel similibus, ut possit quis evitare periculum personae*». Per un quadro del concreto esercizio della giustizia in alcune città italiane nel secolo XIII, cfr. S. MENZINGER, *Giuristi e politica nei comuni di popolo. Siena, Perugia e Bologna, tre governi a confronto*, Roma 2006 ed EAD., *Forme di organizzazione giudiziaria delle città comunali italiane nei secoli XII e XIII: l'uso dell'arbitrato nei governi consolari e podestarili*, in *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, a c. F.J. ARLINGHAUS, I. BAUMGÄRTNER, V. COLLI, S. LEPSIUS, T. WETZSTEIN, Frankfurt am Main 2006, pp. 113-134. Da ultimo cfr. G. STANCO, *Giustizia e majestas nel XII secolo. Alle origini della «secolarizzazione» della iustitia*, in *Themis. Tra le pieghe della giustizia, Percorsi storici* raccolti da A. CERNIGLIARO, Torino 2009, pp. 3-24.

⁹² «*Sententia esset una et non possit pro parte valere et pro parte non*» (AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., p. 90).

Resta ora da prendere in esame la posizione di Azzone in merito al trattamento delle diverse invalidità evidenziate ed in particolare l'analisi compiuta sull'impugnazione delle sentenze invalide, che apre una consistente breccia nella sedimentata tradizione giuridica di derivazione romanistica, individuando senz'altro un regime differente fra appello e nullità oltre che fra le sentenze con invalidità assolute (nulle) e quelle con invalidità sanabili (annullabili)⁹³.

In primo luogo, Azzone precisa la prassi dell'utilizzo 'improprio' dell'appello quale strumento per far rilevare anche le invalidità; restava impregiudicato il problema della sottoposizione o meno dei motivi di invalidità alle decadenze – assai brevi – dell'impugnativa. Per Azzone l'uso dell'appello nei casi d'invalidità, anche se non necessario, non è però da vietare; l'invalidità – ovviamente – permane pur se non rilevata con gli ordinari mezzi di gravame:

«Quando provocare non necesse est. Generaliter sententia per appellationem irritetur dictum est. Nunc videamus quod sit nulla etiam si non fuerit provocatum. ... Item nulla est sententia si expressim lata est contra leges. ... Semper certe ibi non fuit lata contra leges expressim immo tacite hoc est contra ius litigatoris»⁹⁴.

La distinzione fra vizi *contra leges* e vizi *contra ius litigatoris* (produttivi questi ultimi di mera *iniustitia*) consente di scavare a fondo nel regime e nel trattamento delle sentenze; in linea generale, l'invalidità derivante dai motivi individuati non si sana, nemmeno tramite l'appello, mentre ovviamente i motivi propri del-

⁹³ Per Azzone le diverse figure d'invalidità non costituiscono una categoria tipica e chiusa, ma piuttosto un insieme di tipologie differenti e non limitate nel numero: «Sunt et alii multi modi quibus nulla est sententi ipso iure, sicut diximus» (AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *Quando provocare non necesse est*, p. 291).

⁹⁴ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *Quando provocare non est necesse*, p. 291; si veda pure AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., *De appellationibus*, pp. 599-604. Su questi passi e sull'evoluzione del pensiero azzoniano in materia di appello, si veda precisamente A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, p. 45-52.

l'appello non possono più essere riproposti e questi eventuali vizi – *contra ius litigatoris* – si sanano con la pronuncia di appello.

Il pensiero di Azzone subisce, però, un'importante evoluzione con la *Lectura*, in cui si afferma significativamente il principio della convalida della sentenza fino a quel momento considerata invalida tramite lo strumento dell'appello:

«Quid si appellatum est a sententia quae ipso iure non valet? Resp. Iudex pronuntiabit sententiam iniustam, quia nihil valuti sententia, et ita denuo tractabitur causa, ut ff. de appel. si expressim [D. 49,1,19]. Sed hoc non adiecto, quia nihil, et confirmari videtur sententia, et hoc maxime si appellator dicat in appellatione: 'dico sententiam ipso iure nullam, vel si qua est appello'. Causa enim appellationis est principalis quaestio, sed incidenter quaeritur an ipsa sententia sit nulla»⁹⁵.

Il giudice d'appello provvede a 'convalidare' i vizi della sentenza 'declassandoli' a situazioni di mera *iniustitia*: ovviamente non si tratta di un riconoscimento generale della sanabilità dei vizi della sentenza, né della previsione di un rimedio generale per le invalidità (quale sarà la *querela nullitatis*⁹⁶), ma senz'altro

⁹⁵ AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., *Quando provocare non necesse est*, p. 605. Antonio Padoa Schioppa, osservando come la posizione di Azzone sarà ripresa anche da una glossa accursiana (gl. 'non obtinebit', ad l. Datam, C. 7,64,1) e da una questione di Roffredo (*Tractatus ordinis iudicariis*, *Quaest.* 52, n. 6, p. 766), conclude notando che: «È da rilevare, infine, che le due diverse opinioni – quella contraria e quella favorevole alla convalida della sentenza nulla – sono espresse con riguardo a fattispecie non identiche, perché nel primo caso il giudice d'appello *conferma* una prima sentenza in realtà nulla, mentre nel secondo egli *riprova* – dichiarandola 'iniusta' – la prima sentenza in realtà nulla. Si può forse comprendere la propensione di Azzone ad ammettere la convalida di una sentenza che lo stesso giudice riconosceva ingiusta. È comunque innegabile che le due tesi sono frutto di due diverse impostazioni di pensiero» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., p. 48, con mie sottolineature).

⁹⁶ Azzone individua con precisione l'istituto della *querela inofficiosi testamenti*: «Querela inofficiosi testamenti non est actio proprie quia si hoc esset perpetuo daretur... Item non potest proprie dici actio quia aliquando datura haeredi quod alias non est... Ideoque dicitur querela medium statum ut inter actionem et accusationem sibi assumens. Querela inofficiosi testamenti est subsidiaria» (AZZONE, *Broccardica aurea*, Neapoli 1568, rist. an. Torino 1967, p. 89); inoltre egli precisa la differenza concettuale fra appello, accusa e querela: «Querela nec actio, nec accusatio est. ... Ista querela po-

di una svolta d'importanza decisiva verso un nuovo assetto delle invalidità della sentenza come invalidità ordinariamente sanabili, che si afferma inesorabilmente al termine del percorso della scuola della glossa⁹⁷. Si può menzionare in proposito ancora un altro passo molto significativo sull'invalidità della sentenza, contenuto in un brano dedicato all'appello:

«Quid si appellatum sit a sententia que ipso iure est nulla? Responde: iudex pronuntiabit appellationem iniustam quia nichil valuit sententia, et ita denuo tractabitur causa ut ff. de appellationibus recipiendis [D. 49,5] si expressim. Sed hoc non adiecto, quia nichil etc., confirmari tamen videtur sententia, et hoc maxime si appellator dicat in appellatione 'dico sententiam ipso iure nullam, vel si qua est, appello'. Causa enim appellationis est principalis questio, sed incidenter queritur an ipso iure sententia sit nulla»⁹⁸.

test dici ius quoddam ad rescindendum testamentum. Unde datur eis querela, per quam testamentum primo infirmatum, et postea admittitur ad hereditatem petitionem. Aliud etiam est auxilium per quod rescinditur testamentum. ... Medium ergo nomen fortita est querela, nec enim est actio, nec accusatio» (AZZONE, *Lectura super Codicem*, cit., p. 201).

⁹⁷ «Tanto più significativa, è perciò, la svolta segnata dalla più tarda 'Lectura', ove Azzone sostenne che la convalida della sentenza nulla si verificava, qualora il giudice d'appello dichiarasse semplicemente 'iniusta' – anziché nulla – la prima sentenza. L'importanza di questa asserzione sta in ciò, che si includeva ormai tra i poteri del giudice superiore anche quello di convalidare, con la sua pronuncia, una precedente sentenza invalida: è un passo sulla via che condurrà, secoli più tardi, ad ammettere – contro la tradizione romana – la sanabilità 'ipso iure' della sentenza nulla. Accertamento della nullità attraverso il giudizio d'appello, dunque; questo punto d'arrivo della glossa non deve però far dimenticare le voci discordi a lungo mantenutesi nella scuola, dall'età di Bulgaro alla 'Summa Codicis' dello stesso Azzone: voci che avevano negato l'ammissibilità dell'appello a seguito di una sentenza invalida. ... La possibilità di un nuovo intervento del primo giudice, autore di una sentenza nulla, è stata, è vero, esclusa da taluno per l'età della glossa, ma senza fondamento. Le negazioni dei glossatori non hanno infatti riguardo alla pronuncia invalida, ma alla 'correctio' di una sentenza valida; nel caso della nullità, il rinnovato intervento del primo giudice è stato esplicitamente ammesso dai civilisti, assai prima delle pur notevoli asserzioni dell'Ostiense» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 47-49).

⁹⁸ AZZONE, *Summa super Codicem*, cit., ad C. 7,64,1. Sono presenti già molti elementi che si troveranno poi nelle elaborazioni di Guglielmo Durante e di Bartolo: in particolare, i rapporti fra appello e nullità, con la prassi ormai consolidata nel mondo

Lo stesso passo è riportato pure in alcuni maoscritti, in cui si affaccia anche la problematica della motivazione della sentenza (generalmente esclusa dalla dottrina intermedia ed addirittura sconsigliata in determinati casi)⁹⁹, poiché è considerata necessaria alla decisione di appello la precisazione della *ratio decidendi* «quia nichil valuit sententia»¹⁰⁰.

Il pensiero azzoniano costituisce un passaggio di decisiva importanza nell'evoluzione complessiva della glossa, capace di considerare con precisione le risultanze delle fonti, innovando – peraltro – la loro *interpretatio* alla luce delle esigenze del tempo presente. Risale, infatti, all'elaborazione di Azzone la chiara individuazione della presenza di sentenze caratterizzate da un regime di invalidità sanabile, per le quali risulta essenziale un passaggio giudiziale (ad esempio attraverso una pronunzia preliminare e pregiudiziale all'appello). Tutto ciò permette di valutare le sentenze viziate alla stregua di decisioni esistenti in via di diritto (non solo nell'ambito dei meri fatti), eventualmente da annullare in via giudiziale. Anche se non pare rinvenibile nell'opera di Azzone la presenza di un rimedio tipico per le sentenze viziate, il suo contributo permette però d'individuare con sicurezza il percorso che porterà, nello sviluppo dell'elaborazione dei rimedi processuali, al sorgere della *querela nullitatis*.

cittadino di utilizzare l'appello per far valere la nullità della sentenza. Inoltre, Azzone accenna al problema della sanabilità dei vizi della sentenza in caso di rigetto della domanda «dico sententiam esse ipso iure nullam». Nella glossa al passo «quando provocare non necesse est», nell'aderire al pensiero tradizionale di considerare inutile un rimedio specifico ne inizia il superamento, ritenendo inoltre sempre eccezionale la nullità stessa.

⁹⁹ Cfr. F. MANCUSO, *Exprimere causam...* cit., pp. 9-124.

¹⁰⁰ «Quid si appellatum sit a sententia que ipso iure est nulla? Resp. iudex pronuntiabit appellationem iniustam quia nichil valuit sententia, et ita denuo tractabitur causa ut ff. de appellationibus recipendis, Si expressim [D. 49,1,19]. Sed hoc non adiecto, quia nichil etc., confirmari tamen videtur sententia, et hoc maxime si appellator dicat in appellatione dico sententiam ipso iure nullam, vel si qua est appello. Causa enim appellationis est principalis questio, sed incidenter queritur an ipso iure sententia sit nulla. az.» (AZZONE, gl. «Non obtinebit» a C. 7,64,1, ms. Bamberg, SB, *Jur.* 21, f. 165r); degli inediti dà notizia F. MANCUSO, *Exprimere causam...* cit., pp. 19-20.

6. *L'assestamento della glossa accursiana.*

La direzione individuata da Azzone prosegue con lo svolgersi del XIII secolo ed anche nell'opera di Accursio il tema delle invalidità della sentenza assume una sua fisionomia compiuta, almeno per quanto riguarda la costruzione dei motivi e dei casi d'invalidità; questa impostazione condiziona tutto lo sviluppo successivo, periodo in cui i giuristi volgeranno la loro attenzione più che alla costruzione di nuove figure di invalidità (il numero concreto delle quali aumenterà notevolmente, ma sempre a grandi linee all'interno della classificazione già evidenziata nel primo Duecento) all'analisi dei mezzi di impugnativa ed alle più sottili distinzioni da un punto di vista degli effetti delle diverse invalidità¹⁰¹.

La dottrina successiva, civilistica e canonistica, infatti, si renderà conto che le invalidità della sentenza (così come degli atti giuridici in generale) non sono tutte uguali e si preoccuperà di graduarle e differenziarle da un punto di vista dei concreti effetti giuridici, costruendo specifiche figure d'impugnazione per i diversi tipi di sentenza invalida¹⁰². Ed anzi proprio lo sviluppo delle invalidità delle sentenze consentirà di aprire la strada allo sviluppo di figure nuove d'invalidità anche nel campo dei negozi giuridici e del diritto sostanziale¹⁰³.

¹⁰¹ Per tutti, cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 26-59.

¹⁰² Significativa in proposito l'acuta osservazione di Antonio. Padoa Schioppa: «Accanto a questi effetti, attinenti all'esecuzione della prima sentenza, l'atto di appello poteva influire su ciò che le parti o il giudice stesso avevano operato in prima istanza. E fu Pillio ad asserire, nel 'Libellus disputatoris', che l'appello del 'dominus negotii' implicava, da parte sua, la ratifica di quanto il 'gestor' avesse compiuto nell'istanza precedente. Ma vi era un'ultima possibile conseguenza dell'atto di appello: che la prima sentenza, benché invalida, si considerasse confermata. Conseguenza certo aberrante rispetto ai principi del diritto antico, eppure non irrealistica all'inizio del Duecento se qualche formulario – come quello di Martino da Fano – si preoccupa di includere nella formula dell'appello l'espressa esclusione di tale effetto di convalida. È una testimonianza tra le più significative di un indirizzo, sul quale si è già richiamata l'attenzione: il principio della insanabilità di una sentenza nulla veniva ormai contestato anche nella pratica, facendo leva proprio sul momento dell'appello» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., p. 155).

¹⁰³ Si veda – nello specifico – A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 47-52.

In via preliminare occorre a questo punto rilevare che sia la classificazione proposta da Piacentino nella *Summa* al VII libro del *Codex* e ripresa – nella stessa sede, spesso letteralmente – anche da Azzone, sia quella coeva di Tancredi e quella successiva del Durante sono assai indicative, ma non certo esaustive. Esse mirano a mettere ordine ed a rendere comprensibili le molte cause d'invalidità, che si erano sedimentate nelle fonti giustiniane o nella prassi processuale medievale, senza riuscire (o senza volere) comunque ordinarle tutte. Il Durante, ad esempio, inserirà specificamente un richiamo a quelle ulteriori fattispecie d'invalidità della sentenza che non hanno trovato posto nella sua pur articolata classificazione¹⁰⁴. La glossa ordinaria, in merito, si afferma per sintesi anche se non brilla per originalità. Accursio richiama la classificazione di Azzone, con alcune osservazioni di rilievo:

«Ut si non dedit in scriptis, vel si stando, vel si in turpi loco, vel si non cognovit de causa. Vel dic quod non condemnavit procuratorem quando debuit, sed dominum, ut supra eo l. 1 secundum Azo, quae exempla non placent, quia tunc non ordo est perversus, sed solennitas [*sic*] est ommissa. Dic ergo, quod ordo iudiciorum est ut offeratur libellus, lis contestetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicantur. Sententia scribatur et a iudice proferatur, qui ordo si pervertitur non valet sententia, ut si primo pronunciet, deinde sententiam scribat, vel primo iuretur de calumnia, deinde fiat litis contestatio et sic non obstat, inf. de appell. l. 1, cum ibi sit perversus ordo causae unius ad aliam; hic autem eiusdem causae ordo pervertitur, vel etiam omittitur»¹⁰⁵.

Considerazioni in merito anche in L. RAGGI, *La restituito in integrum...* cit., pp. 242-255.

¹⁰⁴ Cfr. *infra*, cap. VI. All'analisi della sintesi di Accursio può essere di una certa utilità (come di prassi è avvenuto nelle edizioni della glossa) affiancare quella successiva di Viviano per quanto riguarda i *Casus*.

¹⁰⁵ «Ut si non dedit in scriptis, vel si stando, vel si non cognovit de causa. Vel dic quod non condemnavit procuratorem quando debuit, sed dominum, ut supra l. 1 secundum Azo, quae exempla non placent, quia tunc non ordo est perversus, sed solennitas [*sic*] est ommissa. Dic ergo, quod ordo iudiciorum est ut offeratur libellus, lis con-

In questa sede il maestro bolognese precisa l'estensione delle invalidità 'formali': in altre sedi saranno esplicitate le fattispecie d'invalidità derivanti da altre cause¹⁰⁶. Di particolare rilievo è la precisazione compiuta in merito all'importanza ed alla stabilità dell'*ordo*, concepito ormai come un complesso organico di formalità, per così dire assolutamente 'non negoziabili' a pena dell'invalidità della violazione e dell'omissione di elementi dello stesso¹⁰⁷. Fra queste formalità assume sempre maggior rilievo quella della forma scritta degli atti, il che consegna – com'è noto – il processo medievale pressoché integralmente nelle mani dei giuristi quali 'signori del diritto' e della scrittura¹⁰⁸. Fra queste è bene richiamare le notazioni assai incisive compiute dalla glossa in ordine ad alcuni aspetti importanti – anche se non fondativi –

testetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicantur. Sententia scribatur et a iudice proferatur, qui ordo si pervertitur non valet sententia, ut si primo pronunciet, deinde sententiam scribat, vel primo iuretur de calumnia, deinde fiat litis contestatio et sic non obstat, inf. de appell. l. 1, cum ibi sit perversus ordo causae unius ad aliam; hic autem eiusdem causae ordo pervertitur, vel etiam omittitur» (ACCURSIO, gl. 'Solitum iudiciorum ordinem', ad C. 7,45,4).

¹⁰⁶ Cfr. ad esempio gl. 'Palam est' ad C. 7,64,2: «Sed dic quod si exprsse contra formam iuris iudicat, ut si pronunciet minorem 14 annis testari posse, ipso iure non tenet sententia» e gl. 'Si expressim' ad D. 49,1,19: «Casus. Sententia lata expressim contra iuris rigorem, idest contra legem, app. non valet ipso iure, et ideo non est opus appellare. Sed si quis appellet, et non prosequatur, non confirmant per hoc primam sententiam». In questo passo la glossa non aderisce alla posizione innovativa della *Lectura azzoniana* sulla possibile convalida della sentenza invalida in appello (di cui pure in altri passi la glossa mostra di essere pienamente a conoscenza, come nella glossa 'Si contra ius', ad C. 7,42), ma segue piuttosto la linea tradizionale dell'invalidità *ipso iure*.

¹⁰⁷ Esemplificativamente le glosse e i casi che si riferiscono all'essenzialità della *litis contestatio*, con la previsione di una espressa clausola irritante per la stessa *litis contestatio* che non rispetti le formalità previste: «Casus. Haec. Authent. Ponit ordinem eorum, quae debet precedere litis contestatio et sunt sex, quae vide per ordinem quia facta clara sunt. In fine ibi litis ergo ponit clausulam irritantem quod litis contestatio facta contra hunc ordinem pro non factam habebitur» (ACCURSIO, ad C. 3,9 *lex unica*). Altrettanto intangibili sono le norme sulla giurisdizione: «Casus. Ego et tu in causa, quam habebamus, in iudicem, qui nullam alias habuit iurisdictionem consensimus ut inter nos iudicaret an sit iudex, queritur? Respond. quod non, nec si iudicaverit auctoritatem rei iudicatae obtinet iudicatum» (VIVIANUS, casus 'Privatorum' ad C. 3,13,3).

¹⁰⁸ Si veda esplicitamente la glossa 'Statutis' ad C. 7,44; sul tema, in generale, cfr. per tutti, R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto: giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a c. M. ASCHERI, Milano 1991.

del discorso sulle invalidità della sentenza. Nello specifico si possono evidenziare alcune indicazioni intorno al problema dell'*error calculi*, del giudice delegato (e perciò dell'intangibilità della competenza/giurisdizione) e delle sentenze *contra ius*.

Per quanto concerne l'errore di calcolo presente in una decisione, si era discusso in dottrina in merito alla validità o meno della sentenza, oscillando fra l'invalidità o la mera irregolarità; la glossa richiama le diverse posizioni della scuola (con le distinzioni fra errore espresso e non; fra errore compiuto dalle parti o dal giudice e fra l'*error calculi* nelle sentenze giudiziali o nella transazione della lite)¹⁰⁹, concludendo, da una parte, che l'errore delle parti non nuoce alla validità della sentenza, mentre, dall'altra, l'*error* compiuto dal giudice vizia la sentenza¹¹⁰.

In merito alle patologie della sentenza legate agli eventuali difetti di legittimazione e di competenza dei giudici delegati, la posizione della glossa è chiara ed articolata; muovendo dalla necessità di circoscrivere il diffuso fenomeno della delega entro margini di ragionevolezza, al di là dei quali possono scattare sanzioni (inclusa l'invalidità delle decisioni) non solo per i giudici, ma anche per le parti accondiscendenti¹¹¹; particolarmente esplicita è la posizione espressa in un *casus* apposto a C. 3,3,5, che commina l'invalidità della sentenza pronunciata da parte di un giudice non dotato della potestà di delega perché senza *iurisdictio iure sua*, ma a sua volta delegata¹¹²: la chiara prescrizione del

¹⁰⁹ ACCURSIO, gl. 'Vel transactio' ad C. 2,5,1; cfr. pure le glosse ad C. 2,10,1/3.

¹¹⁰ «Sententia errorem continens est nulla» (ACCURSIO, ad C. 2,10,8, gl. «Durior sententia»). Altrettanto chiaro è il *casus*, che affronta – invece – la fattispecie dell'*error quantitatis* accertato in sede di esecuzione della sentenza: «Casus. Sententia lata inter actorem et reum et reo condemnato, misit iudex executorem qui exequeretur sententiam: an executor noscens possit minuere quantitatem in sententia comprehensam, quaeritur? Dicitur non nec valet eius sententia» (VIVIANUS, *casus* 'Si ut proponis' ad C. 7,53,6); si osservi l'invalidità della decisione, che non viene convalidata con l'inizio dell'esecuzione, né può essere corretta in fase esecutiva, ma piuttosto è considerata nulla di pieno diritto per *error quantitatis*.

¹¹¹ ACCURSIO, gl. 'Non habet' ad C. 3,3,5.

¹¹² «Casus. Potestatis Bononiensis homini suae iurisdictionis *duorum* Mutinensis causam quae sua ordinaria non est, an possit delegare, quaeritur? Respondeo quod

rispetto delle norme fondamentali del processo romano-canonico sulla *iurisdictio* e sulla possibilità di delega è precisata anche per quanto riguarda le ripartizioni fra le materie oggetto di giudizio; ad esempio risulta con chiarezza l'invalidità della sentenza resa da un giudice 'ordinario' in materia militare (o viceversa)¹¹³. Da ultimo, la glossa precisa che la delega è conferita non illimitatamente, ma il giudice deve pronunciare la sentenza entro un termine stabilito, trascorso il quale la sentenza è senz'altro invalida¹¹⁴.

Passando ora all'ambito delle decisioni pronunciate *contra ius*, è merito della glossa ordinaria la stabilizzazione della dottrina e la chiara esposizione dello *status quaestionis*. Sul punto la dottrina precedente, in ossequio alle fonti romane, aveva tradizionalmente distinto fra sentenze *contra ius litigatoris* (che non sono invalide, ma al più appellabili) e sentenze *contra ius constitutionis* (nulle di pieno diritto). Accursio precisa, invece, che la sentenza *contra ius litigatoris* va distinta non solo dalla sentenza *contra ius constitutionis*, ma – più precisamente – dalla sentenza *contra leges*, in cui si fanno rientrare probabilmente anche le violazioni delle norme statutarie accolte dalla dottrina come causa d'invalidità proprio agli inizi del Duecento, oltre che quelle legate al complesso dell'*ordo* processuale ormai chiaramente stabilizzato e cristallizzato, anch'esso a pena d'invalidità delle sentenze. Rientrano, invece, nella casistica delle sentenze *contra ius constitutionis* piuttosto le formalità individuate dalle fonti giusti-

non, quia si causam suam ordinariam homini non suae iurisdictionis delegavit, puta duorum Bononiensis Mutinensis praecepto eius impune non parebit et si placitum fuerit et lata sententia non valebit» (VIVIANUS, ad C. 3,4,1, casus «In causarum»).

¹¹³ ACCURSIO, gl. 'Si militaris' ad C. 7,48,2. Importante è anche la glossa 'Iudex' ad C. 7,48,1 («Si a non competenti iudice iudicatum esset dicatur») ed il casus corrispondente, che precisa l'invalidità della pronuncia di un giudice delegato eccedendo il limite della delega conferita: «Casus. Delegatus iudex in causa, qua petebatur fundus Sempronianus, si pronunciabit de Seiano, an valeat quaeritur? Dicitur quod non».

¹¹⁴ VIVIANUS, casus ad C. 7,64,5 «Cum»; «Delegata est alicui causa, ut pronunciet intra certum diem; si ulteriori die pronunciat, non tenet sententia»: Interessante è pure la situazione seguente: «Delegati sunt duo, vel tres ad causam: unus tantum pronunciavit, non valet sententia nec ab eo necesse est appellare» (*Ibidem*, ad C.7,64,4).

nianee: sia le sentenze *contra leges* che quelle *contra constitutiones* sono invalide, mentre sono valide quelle *contra ius litigatoris*:

«Scilicet litigatoris, non legis vel constitutionis, quia tunc ipso iure non valeret sententia, ut ff. quae sent. sine app. l. I in princ. [D. 49,1,19]»¹¹⁵.

Il passo è importante nella sua semplicità per indicare lo spartiacque fra motivi di invalidità e motivi di appello, facendo intravedere una direzione inesorabile: con l'allargamento delle cause di nullità 'testuali' o 'formali' non soltanto più *contra ius constitutionis*, ma anche *contra leges* rischia di crescere a dismisura la possibilità di invalidità delle decisioni (cosa che sarà evidente nel diritto comune maturo); come ovviare a tale pericolo per la certezza del diritto e la stabilità dei giudicati? È probabile che anche da tali considerazioni di 'economia' processuale sia sorta l'attenzione alle possibilità di convalida e di sanabilità dei vizi della decisione, attuata in un primo tempo con un utilizzo irrituale dell'appello e, con il prosieguo dell'evoluzione, con la creazione di un preciso strumento di contestazione delle invalidità caratterizzato da stretti termini di decadenza e rigorosi meccanismi formali: la querela di nullità. L'incremento delle fattispecie d'invalidità della sentenza dovrà perciò essere controbilanciata da una riduzione della loro gravità e da un conseguente mutamento di regime delle invalidità 'declassate' da nullità *ipso iure* ad annullabilità sanabili¹¹⁶.

Con l'opera di Accursio si può considerare esaurito il percorso della glossa anche con riguardo al trattamento ed al regime delle invalidità: in linea generale il maestro bolognese, pur sintetizzando magistralmente l'evoluzione della scuola, non offre – peraltro – indicazioni e soluzioni particolarmente innovative; resta valida l'affermazione che il vero momento di svolta duecentesco sia avvenuto piuttosto con la *Lectura* azzoniana ove, sebbene

¹¹⁵ ACCURSIO, gl. 'Si contra ius', ad C. 7,42,1.

¹¹⁶ Alcune osservazioni in P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., in specie pp. 147-164.

in modo appena accennato, l'impostazione passa dalla prevalenza accordata alle invalidità assolute ed imprescrittibili alla preminenza accordata piuttosto ai termini di preclusione ed alla conseguente sanabilità dei vizi della sentenza. Accursio mostra di conoscere esattamente la posizione innovativa della convalida delle sentenze invalide, senza dare, però, il quadro compiuto dei conseguenti rimedi avverso le sentenze invalide, che saranno, invece, delineati nei decenni successivi, ad iniziare dalla magistrale sintesi durantea; egli preferisce aderire alla soluzione tradizionale della non sanabilità dei vizi mediante l'utilizzo improprio dell'appello¹¹⁷.

In proposito occorre anche rilevare la presenza nella glossa di uno specifico strumento di annullamento (o di ri-trattazione) della sentenza, che introduce il principio della necessità di una pronuncia sulla nullità¹¹⁸.

Va peraltro precisato che Accursio specifica pressoché sempre che non è necessario appellare¹¹⁹, forse per arginare una

¹¹⁷ «Sed pone de factum appellatum et a iudice appellationis confirmatam primam sententiam; an poterit adhuc nulla dici prima? Videtur quod non, quasi aliud sit effectus si confirmet expresse et alius si temporis cursu. ... Vel dic verius, non confirmari. Item eligit appellare errando: cum nullam dicere poterat non ergo sibi praeiudicat. ... Ibi voluit iudicium inter litigantes, licet non in praeiudicium domini; sed hic nullo modo et ideo confirmari in hoc non potuit» (ACCURSIO, gl. 'Praescriptione' ad D. 49,1,19); l'altro passo rilevante è il seguente «Casus. Sententia lata expressim contra iuris rigorem, idest contra legem, app. non valet ipso iure, et ideo non est opus appellare. Sed si quis appellet, et non prosequatur, non confirmant per hoc primam sententiam» (ACCURSIO, gl. 'Si expressim' ad D. 49,1,19). Anche i passi relativi al titolo «Quando provocare non nocesse est» (C. 7,64) confermano questo punto di vista, introducendo anche alcune considerazioni in merito alla possibilità di rilevare le invalidità in via incidentale.

¹¹⁸ «Casus. Inter actorem et reum lite contestata, reus incoepit avesse: actor instabat, ut iudex ferret sententiam, tulit adversus reum et die feriato, an teneat sententia? Dic quod non sed retractabitur et ea nozioni alterius iudicis terminanda committetur» (VIVIANUS, ad C. 7,43,4, casus «Si ut proponis»). L'argomento delle relazioni fra appello e nullità nella glossa accursiana è richiamato dal Mancuso, che segnala lo stretto legame fra la posizione di Accursio e quella del maestro Azzone, anche se la glossa ribadisce con nettezza che la tacita convalida dell'invalidità tramite appello irrituale ve senz'altro evitata: F. MANCUSO, *Exprimere causam...* cit., pp. 49-53.

¹¹⁹ Lo testimonia, fra i moltissimi, una glossa al titolo «Sententia rescindi non posse»: «Casus. An iudex sententiam suam retractare possit, quaeritur? Dicitur, quod

prassi che stava prendendo il sopravvento ed a cui la dottrina in alcuni casi aveva dato anche una giustificazione ed un supporto teorico e concettuale, in evidente ‘forzatura’ delle fonti, ma piuttosto in accordo con un’*interpretatio* più elastica ed evolutiva, attenta soprattutto alle esigenze della giurisprudenza e della prassi processuale¹²⁰. Da questo punto di vista Accursio si pone, forse suo malgrado, come testimone di un rapido mutamento dell’assetto delle invalidità processuali da assolute ad insanabili, di cui viene a trattare nel tentativo, compiuto nella *Magna glossa* – ma destinato al fallimento –, di porvi un argine.

non, nec eius successor; si secondo feratur sententia non tenebit, nec ab eo necesse est appellare» (VIVIANUS, casus ad C. 7,50,1 «Neque»); dello stesso passo, si veda anche la glossa accursiana ‘Quendam’, contenente l’elencazione dei casi di revisione della sentenza.

¹²⁰ È un ottimo esempio del travaglio di una dottrina dilacerata fra la fedeltà alle fonti ed una sempre più necessaria funzione ‘creativa’, su cui precisamente P. GROSSI, *L’ordine giuridico...* cit., pp. 160-175.

CAPITOLO QUARTO

CONTRIBUTI CANONISTICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Invalidità ed ingiustizia della sentenza nel *Decretum magistri Gratiani*. – 3. Dal *Decretum* al *Liber Extra*.

1. Premessa.

Com'è noto, il contributo dato dalla prassi, dalla legislazione e dalla dottrina canonistica al diritto processuale è notevole: il processo romano-canonico, una delle cattedrali del diritto e dell'intera civiltà occidentale, fu in larga misura opera della giurisprudenza e della prassi dei tribunali ecclesiastici e dei canonisti; tale edificazione grandiosa – al pari delle altre grandi costruzioni giuridiche medievali – si stagliò per secoli come un baluardo di civiltà nel cuore di una società in fermento¹.

Si cercherà, a grandi linee, di evidenziare la percezione delle invalidità delle sentenze emergente dall'opera di Graziano e dai maggiori canonisti a lui successivi; inoltre s'inserirà di seguito

¹ La bibliografia è sterminata: mi limito a rimandare agli studi classici di W. PLÖCHL, *Storia del diritto...* cit., II, pp. 334 ss.; G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, a c. F. MARGIOTTA BROGLIO, Bologna 1976 e J. GAUDEMET, *Storia del diritto...* cit., *passim*, oltre alle opere da loro indicate. In proposito, precisa è l'indicazione di Francesco Calasso: «Mentre Irnerio trovava nelle compilazioni romanistiche, e soprattutto nel Digesto, che raccoglieva il tesoro della giurisprudenza romana, un modello di tecnica normativa e di logica giuridica, nulla di tutto ciò aveva Graziano, che si trovava invece sbalzato dai precetti religiosi dei testi sacri ai moralismi della Patristica, dalla casistica più diversa all'enorme materiale conciliare di ogni parte del mondo cristiano alle definizioni pedestremente scolastiche delle Etymologie di Isidoro di Siviglia» (F. CALASSO, *Medio Evo...* cit., p. 395). Si veda anche N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 17-30 e pp. 199-205.

qualche considerazione tratta dall'analisi dei più significativi *ordines iudicarii* (risalenti quasi tutti alla seconda metà del secolo XII ed alla prima del secolo successivo)², nonché alcuni risultati derivanti dall'analisi dello *Speculum* di Guglielmo Durante. Com'è noto, gli *ordines iudicarii*, 'operette' destinate per lo più alla pratica dei diversi tribunali medievali hanno provenienze ed origini diverse, ma sono – anche quelle scritte da illustri maestri della civilistica bolognese – influenzate anche dalla precoce prassi giudiziaria ecclesiastica e dalle stesse fonti canonistiche; non mi pare, dunque, del tutto fuori luogo parlarne in tale sede accanto alle opere più grandi dei maggiori decretisti e decretalisti³.

2. *Invalidità ed ingiustizia della sentenza nel Decretum magistri Gratiani.*

Il fondatore della scuola canonistica – Graziano⁴ – costituisce un punto essenziale dello sviluppo e dell'evoluzione canonistica del regime della validità o meno della sentenza⁵. La risa-

² Recenti considerazioni sono presenti in: M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, pp. 19-36 ed in F. MANCUSO, *Exprimere causam...* cit., pp. 183-193, con riferimenti bibliografici ivi contenuti.

³ La prevalente formazione canonistica degli autori degli *ordines* è oggi generalmente accettata, anche se sono rintracciabili alcuni specifici *ordines* di origine civilistica: per tutti cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, pp. 83-87; E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 281-291 e pp. 334-343 ed ID., *Scienza dei giudici...* cit., pp. 102-115.

⁴ Prima di Graziano spicca in materia processuale l'*ordo* processuale di Ivo di Chartres. Egli delinea già con una certa precisione alcuni principi del successivo processo romano-canonico, senza offrire, peraltro, granché in materia di invalidità della sentenza. Un pregevole studio su tale operetta è stato compiuto da A.O. GOMEZ, *L'ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, in *L'Educazione giuridica*, VI-2, Napoli-Perugia 1994, pp. 59-145). Un passo sull'invalidità, di rilievo generale, è presente nelle *Etymologie* di S. Isidoro di Siviglia: «Nemo ab homine tractum, id est ne homo, quod est pro nullo; nullus autem quasi ne ullus. Nullus, ne ullus. Nihil compositum est ex nil et hilo» (ISIDORO, *Etymologiarum sive originum*, ed. Oxford-New York 1985, a c. W.M. LINDSAY, X, 184).

⁵ B. BASDEVANT-J. GAUDEMET, *Le sources de droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, in «Revue de droit canonique», 27 (1977), pp. 193-242;

lente tradizione ecclesiastica, comunque, già dal primissimo medioevo, a partire da alcuni significativi passi della scrittura, si era preoccupata di abbozzare ed utilizzare ampiamente nella prassi giudiziale alcuni principi generali sulla validità degli atti giuridici ed in specie degli atti giuridici processuali (criteri riferibili evidentemente alle sentenze)⁶. Questi retaggi della storia confluiscono nella compilazione graziana, che raccoglie, in merito, molti passi di diversa provenienza (numerosi dei quali tratti dai testi giustiniani)⁷.

Lo studio delle invalidità della sentenza nel *Decretum* risulta – peraltro – solo da pochi passi esplicitamente riferibili alla nozione d'invalidità, mentre più ampio – anche se particolarmente disorganico – è l'elenco dei passi riferibili in senso lato all'inefficacia ed all'impugnabilità delle decisioni; in ogni caso il problema dell'invalidità è uno dei «problemi chiave» per individuare la natura delle sentenze e la loro efficacia sostanziale⁸.

Anzitutto è bene richiamare due punti elaborati dalla più risalente riflessione canonistica, che Graziano riprende e pone alla

W. LITEWSKI, *Les textes procéduraux du droit de Justinien dans le Décret de Gratian*, in *Studia Gratiana*, IX, Bologna 1966, pp. 65-109, F. JACOBI, *Der prozess im Decretum Gratiani und bei den ältesten Dekrestisten*, in «Z.S.S.-K.A.», (1913), pp. 240 ss. e F. DELLA ROCCA, *Il processo in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II, Bologna 1954, pp. 279-303.

⁶ Notizie in E. CORECCO, *Il valore dell'atto «contra legem»*, in *La Norma en el Derecho Canónico, Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico* (Pamplona, 10-15 de octubre 1976), Pamplona 1979, I, pp. 839-859 ed in F. DELLA ROCCA, *Le sentenze nulle...* cit., pp. 1-24.

⁷ I riferimenti sono rintracciabili nella raccolta di F. GERMONVIK, *Sententiae ex prima [et secunda] parte Corporis iuris canonici desumptae*, I-II, Ottawa 1979.

⁸ Così E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale nel diritto canonico*, Milano 1965, p. 23; cfr. anche H. EWERS, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in dem kanonischen Prozessrecht*, München 1952. Occorre procedere con molta cautela nel ginepraio teorico delle diverse questioni e nella vasta congerie di fattispecie latamente riferibili all'invalidità della sentenza, utilizzando come riferimento utile e critico i più documentati contributi sul tema: si tratta degli studi, abbastanza recenti, di Raffaele Balbi ed Andrea Bettetini, già menzionati. Inoltre si veda R. BALBI, *Riflessioni sui rapporti tra ingiustizia e nullità della sentenza di scomunica nel «Decretum Magistri Gratiani». (Spunti sull'origine della «Querela Nullitatis»)*, in «Ephemerides Iuris Canonici», XXXVII (1981), pp. 205-247.

base dei passi in materia d'invalidità della sentenza⁹. In primo luogo c'è la necessità di una conformità degli atti giuridici (incluse le sentenze) alle regole in vigore (scritte o non scritte, mutabili o immutabili che siano); si tratta di un principio ovviamente presente anche nelle fonti romane, a cui in parte le stesse fonti canoniche fanno espresso riferimento, come – ad esempio – emerge già in alcune epistole risalenti al pontefice san Gregorio Magno¹⁰. Il richiamo è effettivamente generico nei suoi contenuti, ma lo spunto pontificio sarà oggetto di ripresa frequente ed approfondita dalle fonti canonistiche successive¹¹.

Il secondo principio, che si afferma già nell'alto medioevo, stabilisce, invece, uno stretto legame fra la validità (ed efficacia della sentenza) ed i criteri dell'*aequitas* canonica e della giustizia che caratterizzano da sempre e strutturalmente il diritto della Chiesa¹². Questo legame, variamente inteso e modulato, viene a staccare lo sviluppo dello *ius canonicum* dai principi della classica impostazione romanistica (incentrata sui binomi nullità-vizi di forma e appellabilità-vizi di merito o di contenuto), introducendo nella valutazione della validità di una sentenza nuovi e diversi parametri. I riferimenti espressi al contenuto ed allo scopo condizionano l'atto giuridico nella sua validità e nella sua concreta effi-

⁹ In questa direzione cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 20-24 ed E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza...* cit., pp. 33-48.

¹⁰ Cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii...* cit., *Appendix III*, pp. 283-285 (il testo è edito in *Monumenta Germanica Historica*, I-II p. 165). In merito si veda J.J. NOONE, *Nullity in judicial...* cit., pp. 5-19. Il principio espresso nel passo gregoriano trova la sua radice anche nella corrispondenza con i passi giustiniani di C. 1,14,4-5. Cfr. pure, in generale, G. ARNALDI, *Gregorio Magno e la giustizia*, in *La giustizia nell'alto medioevo...* cit., I, pp. 57-102 ed A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto...* cit., pp. 33-34.

¹¹ Sull'importanza delle fonti più antiche (in specie di Gregorio Magno) sugli istituti processuali nel diritto canonico classico, si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Sul principio di rappresentanza diretta nel diritto canonico classico*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 1976, pp. 107-131.

¹² Sintetiche e precise riflessioni in P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962; S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'ordinamento della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino 1991 e P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII (1998), pp. 379-396.

cacia, per cui le vesti della fisiologia giuridica e della patologia di un atto giuridico come la sentenza si avviano ad assumere caratteristiche del tutto nuove rispetto al mondo romano. In questo sviluppo, all'interno dell'evoluzione del diritto canonico viene ad affermarsi pian piano la stretta correlazione fra nullità ed ingiustizia della sentenza, concetti che quasi si confondono e si sovrappongono in alcune testimonianze del diritto canonico classico¹³. Tale frequente confusione ha fatto pensare a taluni interpreti che si potesse parlare di assoluta coincidenza fra invalidità e ingiustizia delle sentenze, riducendo in tal modo ogni vizio della decisione in una palese violazione dell'*aequitas* ed equiparando qualsiasi difformità dalla *iustitia* in un vizio irrimediabile¹⁴.

Tutto ciò, evidentemente, è raccolto in Graziano, che – pur senza dedicare al processo un'attenzione organica nel *Decretum* – offre tuttavia un quadro compiuto degli istituti processuali della Chiesa¹⁵. Nell'opera graziana i passi di rilievo in materia

¹³ A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., p. 61: «La stessa terminologia a cui ricorre il Maestro era ancora incerta, imprecisa, sia riguardo ai vizi della sentenza (i concetti di ingiustizia e nullità si venivano talora a sovrapporre e a confondere, tanto da giungere ad essere considerati quasi sinonimi), sia ai rimedi relativi. Proprio tale indeterminatezza, che è anche potenzialità di una materia in attesa di essere messa in atto nella realtà sociale della grande rinascenza giuridica di poco successiva, giustifica lo sforzo di studiare il problema con la mente libera, nei limiti in cui ciò sia possibile, dalle successive posizioni legislative e dottrinali, le quali non ci permetterebbero di comprendere la *restitutio in integrum*, la sua funzione e struttura nel sistema giudiziario, quale era vista nel XII secolo, da Graziano e dai suoi contemporanei, attraverso lo studio degli autori – auctoritates – precedenti». L'osservazione del Bettetini riferita alla *restitutio in integrum* processuale può senz'altro estendersi allo studio delle invalidità della sentenza.

¹⁴ Per ora si veda R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 7-51.

¹⁵ R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., p. 1: «Se è pur vero che il diritto processuale, rispetto ad altri settori del *Decretum Magistri Gratiani*, rappresenta una parte di minore ampiezza, pur tuttavia esso, specie nei secoli successivi alla sua compilazione, costituì una fonte inesauribile per i processualisti. Ed oggi la parte dedicata da Graziano al sistema processuale sembra, a nostro avviso, assumere agli occhi degli studiosi, non solo canonisti, un'importanza maggiore in quanto prevale, finalmente, l'opinione che il processo canonico sia una creazione originale della legislazione della Chiesa, costituita dall'unione, del tutto indipendente, di elementi germanici e romani». In proposito si vedano anche: F. DELLA ROCCA, *Il processo in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II,

d'invalidità della sentenza non sono molti, ma contengono comunque elementi significativi per la comprensione più generale del problema delle invalidità della sentenza, e rappresentano il trampolino per le successive elaborazioni canonistiche e gli ulteriori sviluppi nel processo romano-canonico dell'assetto delle invalidità della sentenza stessa.

Il passo centrale su cui occorre soffermarsi è contenuto nella seconda parte dell'opera graziana: si tratta di C. 2, q. 6, c. 41. Esso è la riproposizione secondo l'ottica complessiva graziana di alcuni elementi che traggono la loro origine nel diritto romano, che vengono riportati fedelmente nel passo¹⁶. L'impianto dell'intero testo risente, però, della *mens* dell'autore e non è – peraltro – una mera riproposizione di materiale tralatizio. È, invece, il primo abbozzo di una costruzione delle invalidità della sentenza: il brano dedicato alle invalidità della sentenza s'inserisce nella *causa* in cui il *magister* bolognese affronta diversi aspetti del processo canonico, ed in particolare il tema dei diversi rimedi ammessi per rimuovere una sentenza viziata¹⁷. Fra questi spicca per

Bologna 1954, pp. 279-303 e F. LIOTTA, *Il testimone nel Decreto di Graziano*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Toronto 21-25 august 1972, Città del Vaticano, 1976, pp. 81-93.

¹⁶ Pur considerando con interesse tali riflessioni, occorre ribadire, aderendo ad un giudizio del Litewski, che concettualmente le fonti del *Corpus Iuris Canonici* presentano una sostanziale recezione del concetto romanistico della nullità come inesistenza, mitigata, in certi casi dall'applicazione e dalla pratica: «Corpus Iuris Canonici adopted as a rule the Roman conception of invalidity: according to it, a judgement deprived of juristic force was tantamount to a non-existent one. A logical consequence of this fact was that this invalidity could be always referred to. Thence it was not necessary to create any special legal means to establish the invalidity of a judgement. However, in practice there were many various causes which could bring about the deprivation of a judgement of its validity; it was not always easy to establish whether the given judgement was valid or not. Often there was some definite substrate which in all appearance might look a judgement, although not being one actually in the light of legal regulations. This gave rise to question of whether appeal was admissible if it was filed against invalid judgements» (W. LITEWSKI, *Appeal in Corpus Iuris Canonici*, in «Annali di storia del diritto», XIV-XVII (1970-1973), pp. 166-167).

¹⁷ «Sequitur sexta questio, qua queritur: Quo remedio causa viciata subleuetur, et si remedium illud sit dandum ei, qui causa dilationis vocem appellationis exhibuerit? Causa vero viciata remedio appellationis sublevarit poterit» (C. 2, q. 6, c. 1).

importanza il rimedio dell'appello, previsto come rimedio generale contro i vizi della sentenza¹⁸. Esistono però casi in cui il vizio della sentenza è particolarmente grave, tanto da non rendere necessario il ricorso all'appello, ma tale da determinare piuttosto il riconoscimento di una radicale nullità ed inefficacia della decisione. L'attenzione di Graziano si appunta specialmente sulle fattispecie in cui non è ritenuto necessario proporre impugnativa a causa dell'insussistenza assoluta della stessa sentenza.

«Est autem quando appellationem interponi non necesse est. §.2. Diffinitiva quoque sententia, que condemnationem vel absolutionem non continet, pro nulla habetur. §.3. Item sententia citra solitum ordinem iudiciorum a preside prolata auctoritatem rei iudicatae non obtinet. §.4. Item si sententia lata fuerit contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, sententiae auctoritatem non obtinebit, et ideo ab ea appellari non est necesse. §.5. Item si sententia contra ius scriptum feratur, veluti dum defunctus et minor XIV annis fuisse, et testamentum iure fecisse dicitur, nullas vires obtinet, nec contra eam est necessarium provocationis auxilium. §.6. Si vero contra ius litigatoris sententia dicatur, veluti dum minor XIV annis, annum XIV inplevisse, ac per hoc testamentum iure fecisse pronuntiatur, ad provocationis remedium oportet confugere. §.7. Item si plures iudices dati fuerint, et unus tantum ex his pronunciasset proponitur, non videtur appellandi necessitas esse, cum sententia iure non tenet. §.8. Item cum certa ratione et fine mulctare iudices possunt, si aliter contra legis statutum modum mulctam irrogaverint, quod contra ius gestum videtur firmitatem non tenet, et sine appellatione potest rescindi. §.9. Venales quoque sententias, que in mercede a corruptis iudicibus proferuntur, et citra interpositae provocationis auxilium infirmas esse decretum est. §.10. Item si propter infirmitatem etatis ad honorem, ad quem nominatus es, inhabilem te esse probaveris, praetermissa appellatione iniqua nominatio removebitur. ... §.25. Hec omnia in VII lib. Codicis invenies, a tit. de appellationibus et

¹⁸ «Liceat appellatori viciatam causam appellationis remedio sublevari» (C. 2, q. 6, c. 1); cfr. W. LITEWSKI, *Appeal in Corpus...* cit., p. 147.

consultationibus [C. 7,62], usque ad tit. ne liceat in una eadmque causa»¹⁹.

Vengono dunque individuate alcune fattispecie d'invalidità delle sentenze canoniche; le diverse fattispecie possono a ben vedere determinare delle specifiche tipologie di sentenze invalide, dotate ciascuna di caratteristiche peculiari. Si configura già, anche in Graziano, un'embrionale griglia di classificazione dei motivi d'invalidità della sentenza, coeva alle prime classificazioni della civilistica²⁰.

In primo luogo, si possono senz'altro evidenziare le sentenze con indeterminatezza del loro contenuto (mancanza del dispositivo d'assoluzione o di condanna del convenuto²¹), da ritenersi radicalmente invalide; ovviamente questa valutazione si può riferire unicamente alle sentenze «definitive», non riguardando pertanto le interlocutorie, le cui conseguenze sono evidentemente diverse.

In seconda istanza, Graziano considera nulle le decisioni assunte in violazione del consueto «ordo iudiciorum»: tale invalidità attiene ai vizi più strettamente formali del procedimento, che rappresentano condizioni insostituibili – a pena di nullità – del processo²². Il significato dell'espressione «solitum ordinem iudiciorum» non è, in effetti, precisato nel passo in questione²³.

¹⁹ C. 2, q. 6, c. 41.

²⁰ Come già notato, a partire da Piacentino (cfr. *supra*, cap. III).

²¹ La glossa ordinaria al *Decretum* precisa la casistica di tale fattispecie, includendovi – oltre all'invalidità delle sentenze prive di assoluzione o di condanna – pure quella delle sentenze condizionali. In effetti tale considerazione è abbastanza significativa: la dottrina considererà le sentenze condizionali generalmente valide, purché la situazione di incertezza della decisione potesse ragionevolmente sciogliersi. Cfr. gl. 'Diffinitiva' ad C. 2, q. 6, c. 41: «Diffinitiva sententia est quae finem imponit negotio. Alia omnis est interlocutoria. Sufficit tamen proferre verba quae habent vim condemnationis vel absolutionis, ut extra de verborum significa. in his, et ff. de arbitr. quid tamen si arbitet. Item si continet condemnationem, sed tamen incertam, non valet, ut si iudex praecipit solvi debitum, ut C. de senten quae sine certa quantit. profer. per totum. Quandoque etiam tenet sententia, licet non continet condemnationem, vel absolutionem, ut in sententia sub conditione lata, ut supra eodem biduum».

²² In generale sulle invalidità della sentenza per errori procedurali si vedano. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., p. 152-158 ed A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 167-171.

La più recente storiografia, in ogni caso, ha interpretato però univocamente il passo in questione nel senso di una violazione delle prescrizioni formali del processo con conseguente nullità *ipso iure* della sentenza²⁴. Si può senz'altro aderire a tale impostazione, corroborata, per di più, anche dalla glossa ordinaria allo stesso *Decretum*²⁵.

A completare la lettura del passo occorre considerarne, però, in parallelo, un altro. Si tratta del noto passo della q. 3 della causa 11, in cui il Graziano affronta specificamente il tema

²³ La storiografia ha individuato inell'espressione riportata un duplice significato, più o meno restrittivo. Si veda, per tutti, A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., p. 97: «Come è stato evidenziato in dottrina [K.W. NÖRR, *Ordo iudiciorum und Ordo iudiciarius*, in «Studia Gratiana», 11 (1967), pp. 327-343], nel *Decretum* la locuzione *ordo iudiciorum* ricopriva un duplice ambito semantico. Si intendevano in modo più generale, i principi fondamentali del sistema processuale canonico (nozione di attore e convenuto e relativa normativa, accezione di causa e competenza ecc.: i *substantialia processus*); mentre, in senso stretto, il Maestro significava le norme scritte che regolavano in modo formale lo svolgimento del processo, dalla *citatio* alla *sententia*. Il testo di Graziano richiama la norma giustiniana contenuta in C. 7,45,4, ove per «*solitum iudiciorum*» ordinem» si intende senz'altro il significato più ristretto di formalità processuali. Nella stessa linea si pone anche la glossa accursiana (cfr. gl. «*Solitum iudiciorum ordinem*» ad C. 7,45,4, su cui *supra*, cap. IV). Ancora la stessa storiografia, peraltro, considera tali formalità processuali come *accidentalialia* del processo: in realtà è difficile considerare tali elementi come non essenziali, se è vero, come risulta chiaramente dalle fonti, che la loro mancanza o la loro violazione comporta addirittura la nullità assoluta della sentenza: cfr. G.P. MASSETTO, *Sentenza...* cit., pp. 1200-1205. Anche questo argomento troverà una piena ed ulteriore sistematizzazione nel pensiero giuridico trecentesco: valga per tutti un passo di Baldo: «*Tria sunt circa sententiam inspicienda, scilicet ordo, substantia e solemnitas. ... Ordo est praemittere praemitenda, et postponere postponenda, servato solito more iudiciorum. Substantia est quod condemnet vel absolvat vel equipollens. ... Solemnitas est quod in scriptis feratur, item sedendo e non stando*» (BALDO, *Commentaria in VI, VII, VIII, IX et X Codicis libros*, Venetiis 1572, ad C. 7,45,3, n. 1-3); cfr. pure *Clem.* 5,11,2.

²⁴ A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., p. 98; sulla stessa linea F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 42-47.

²⁵ Gl. «*Citra solitum ordinem*», ad C. II, q. 6, c. 41: «*Citra solitum ordinem. Scilicet generalem. Nam si primum sententiatum fueta de proprietate, quam de possessione, licet hoc fieri non debuerit, tamen, nisi appelletur, sententia tenet*». Il passo suscita qualche perplessità per l'esempio proposto (molto specifici e particolari sono il caso presentato e la soluzione riportata). Essi non sono, però, tali da inficiare le conclusioni proposte intorno al significato complessivo dell'*ordo iudiciorum* nel *Decretum*; cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 39-49.

dell'ingiustizia della sentenza. Nella celebre distinzione si fa riferimento, infatti, all'*iniustitia ex ordine* (accanto alle altre *ex causa* ed *ex animo*, le cui problematiche saranno riprese in seguito):

«Ad hec respondendum est, quod sententia aliquando est iniusta ex animo proferendis, iusta vero ex ordine et causa; aliquando est iniusta ex animo et causa, sed non ex ordine; aliquando est iusta ex animo et ex ordine, sed non ex causa. Cum autem ex causa iniusta fuerit, aliquando nullum in eo omnino delictum est, quod sit dampnatione dignum: aliquando non est in eo illo illud super quod fertur sententia, sed ex alio nominandus est. Ex animo est iniusta, cum aliquis servata integritate iudicarii ordinis in adulterum vel in quem libet criminosum non amore iustitiae, sed livore odii, vel precio, aut favore adversariorum inductus sententiam profert. Unde Beda super epistolam Iacobi ait: «Ira enim viri iustitiam Dei non operatur»: quia qui iratus in aliquem sententiam profert, etsi ille quantum ad se iustam reportet sententiam, iste tamen, qui non amore iustitiae, sed livore odii in eum sententiam dedit, iustitia, Dei, in quem perturbatio non cadit, non imitatur»²⁶.

Il passo è, in effetti, assai significativo per la prevalenza dell'ottica della moralità e della giustizia, già più volte segnalata come nota caratteristica del contributo graziano allo sviluppo storico delle invalidità della sentenza. In effetti, la storiografia ha generalmente concentrato nell'esegesi di tale passo il tentativo di ricostruire il contributo di Graziano all'evoluzione dell'invalidità della sentenza, operando una equiparazione fra *iniustitia* e nullità e considerando pertanto le tre categorie di ingiustizia riportate come cause *tout court* di nullità²⁷. La storiografia canonistica successiva, peraltro, ha operato una precisa confutazione di tale impostazione tradizionale, sostenendo con ampiezza di documentazione la non corrispondenza automatica in Graziano fra l'ingiustizia e l'invalidità²⁸.

²⁶ *Dictum post* C. 11, q. 3, c. 65.

²⁷ Per tutti valgano gli esempi di R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., *passim* e F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 42-47.

²⁸ R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 7-50.

In verità, l'impostazione tradizionale non convince anche per un'ulteriore considerazione: essa considera, infatti, un punto di vista per molti versi parziale di Graziano, quello dell'ingiustizia delle sentenze, nel contesto di una questione volta a valutare l'efficacia nel processo e nel diritto sostanziale di una decisione assunta in una causa matrimoniale (C. 35, q. 9), oppure l'ingiustizia di decisioni dell'autorità ecclesiastica (C. 11, q. 3). Si tralasciano o si mettono così in secondo piano altri passi significativi, fra cui spicca proprio il già richiamato C. 2, q. 6, c. 41, situato tra l'altro in un contesto molto più generale e più consono all'analisi delle invalidità delle sentenze in genere. Come è noto, l'oggetto specifico della *causa* II è l'istituto dell'appello, mezzo specificamente processuale d'impugnazione delle decisioni viziate.

Anche attraverso l'analisi del passo da ultimo riportato si può entrare nel merito dei fattori essenziali dell'*ordo* previsto a pena d'invalidità; si possono rilevare nell'intero *Decretum* importanti riferimenti testuali, che conferiscono alla nozione individuata un sempre più preciso spessore giuridico ed una sempre più vincolante rilevanza tecnica²⁹. L'invalidità della sentenza colpisce come sanzione automatica ed immediata i vizi più gravi nella natura e nella composizione dell'organo giudicante, nell'attività processuale delle parti e nella veste formale della sentenza³⁰: – il giudice; – le parti; – la forma scritta richiesta.

Nel valutare la tripartizione proposta da Graziano occorre subito osservare che delle tre categorie si può vedere una prevalente invalidità nella sentenza viziata *ex ordine*, mentre non è facile riscontrarlo nelle altre due. Inoltre, la caratterizzazione *ex ordine*, *ex causa* ed *ex animo* non è ben definita nei contorni, lasciando, infatti, debordare senz'altro le fattispecie d'invalidità della sentenza *contra ius* e *contra ordinem iudiciorum*, che interessano trasversalmente le tre fattispecie d'invalidità individuate da C. 11, q. 3, c. 65.

²⁹ Si vedano anche: *dictum post* C. 11, q. 3, c. 65 e C. 2, q. 1, c. 18, *dictum post* C. 11, q. 3, c. 73. In molti passi Graziano riprende il diritto romano e la patristica: esemplificativamente, A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 89-90.

³⁰ A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 89-95.

Proseguendo nell'analisi del testo graziano appaiono le invalidità delle sentenze pronunciate avverso una precedente decisione già definitivamente passata in giudicato³¹. La previsione dell'invalidità deriva, evidentemente, da un'insanabile contraddizione logica e giuridica, ma occorre però notare in proposito la precisazione graziana sulla natura della *res prius iudicata*: il giudicato sorge una volta trascorso il termine previsto per l'impugnazione; nella pendenza del termine la sentenza non può essere ancora considerata definitiva³².

Di maggior rilievo è, invece, la tipologia d'invalidità individuata nel paragrafo successivo. Si tratta dell'invalidità della sentenza per violazione del diritto scritto. Il passo rispecchia un principio generale contenuto nel *Decretum* (e ripreso da Graziano pure dalle fonti giustiniane) che afferma la nullità degli atti giuridici compiuti *contra ius scriptum* (o *contra legem*)³³. La sentenza pronunciata *contra ius* è da ritenersi senz'altro nulla. Che cosa significa, però, l'espressione «sentenza *contra ius*»? I problemi che sorgono sono a due livelli distinti. Il primo è individuare che cosa si debba intendere letteralmente con l'espressione – assai generica – «*contra ius scriptum*». Il secondo quesito è invece in che cosa si manifesti la violazione del diritto scritto in quel particolarissimo atto giuridico che è la sentenza.

³¹ A differenza del diritto romano che considerava tale sentenza nulla per una sorta di «eccesso di potere» del giudice, in Graziano è invece un caso particolare e di una certa importanza della sentenza invalida perché *contra ius*. La decisione definitiva, infatti, viene a fare pieno diritto fra le parti e come tale non può essere violata, pena – appunto – l'invalidità della seconda decisione: cfr. A. BETTINI, *La restitutio in integrum*... cit., p. 101.

³² Cfr. L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato*... cit., pp. 11-22. La dottrina canonistica considerò il giudicato cosiddetto formale come perfetto trascorso il termine per impugnare; la civilistica, invece, reputò definitiva la sentenza nel momento della sua valida pronuncia. Con lo *Speculum* di Guglielmo Durante la posizione civilistica prese il sopravvento, fino alla decisa presa di posizione di Bartolo in tale senso; cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile*... cit., pp. 764-769.

³³ «Que contra leges fiunt pro infectis habeantur. Imperiali constitutione sancitum est aperte, ut ea, que contra leges fiunt, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda sint», che riprende il testo teodosiano *Non dubium*, C. 1,14,5.

Dal primo punto di vista si può senz'altro affermare che la nullità della sentenza viene comminata nei casi di violazione dei precetti scritti del diritto canonico, con riferimento sia – naturalmente – allo *ius divinum*, sia allo *ius humanum*³⁴, da intendersi anzitutto come diritto scritto avente rango di norma generale e non meramente particolare³⁵. Non vi rientrano, ovviamente, le consuetudini. Per comprendere appieno le caratteristiche dei precetti scritti capaci di rappresentare univoco criterio di invalidità degli atti giurici, e delle sentenze in particolare, occorre porre attenzione sulla teorica già presente nel diritto romano ed ampiamente recepita dal diritto canonico delle cosiddette «leges perfectae» con caratteri «irritanti». Tali norme non meramente dispositive, nè ordinarie, ma intrinsecamente precettive sono dotate di una particolare «forza di resistenza», comportando dunque la sanzione dell'invalidità per ogni manifestazione giuridica in contrasto con esse³⁶. È a queste norme che si riferisce Graziano e non a tutto il complesso del diritto scritto canonico, evitando così di allargare a dismisura il numero dei casi di sentenze invalide.

Il *Decretum* comprende una nozione latissima delle violazioni *contra ius*, in cui si possono ricomprendere pure le violazioni contrarie al diritto strettamente processuale³⁷. Nello specifico, la valutazione sulla violazione delle norme in questione colpisce precipuamente l'errore di giudizio, la specifica attività decisoria ed interpretativa della norma giuridica adeguata al fatto in questione³⁸. Dal testo graziano non emergono conside-

³⁴ Per i caratteri fondamentali della distinzione si vedano F. CALASSO, *Medio Evo...* cit., pp. 469-490 e P. GROSSI, *L'ordine giuridico...* cit., pp. 116-123.

³⁵ La considerazione della norma di diritto speciale (*ius proprium*) quale precetto 'irritante' si fa strada fra i civilisti alla fine del secolo XII; non risulta presente, pertanto, in Graziano e nei primi decretisti: cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 23-26.

³⁶ F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 30-36.

³⁷ A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., p. 99-102.

³⁸ L'invalidità di tale tipo di decisioni può essere anche motivata da una generica «irrazionalità». L'attributo della *rationabilitas* per gli atti giuridici, inteso come corrispondenza alla *ratio* ed alla *veritas* dell'ordinamento, come fondamento secondo la

razioni specifiche in materia, mentre abbondano inviti generali ad un comportamento moralmente e giuridicamente corretto da parte del giudice, chiamato ad accertare nel processo la verità dei fatti ed a realizzare una decisione conforme all'*aequitas* ed alla giustizia sostanziali³⁹. È certo, comunque che la violazione di diritto colpisce l'erronea attività decisoria del giudice canonico sia nell'applicazione delle norme «processuali» che nell'applicazione di quelle «sostanziali»⁴⁰.

È poi qui che il *Decretum* precisa la differente portata dei vizi *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris*, che recepisce in buona parte dalle fonti e dalle prime elaborazioni civilistiche⁴¹. Riprendendo l'impostazione del diritto romano, si considera infatti pienamente valida la decisione assunta *contra ius litigatoris*, che può essere impugnata con atto di appello, ma non rimossa per nullità o dichiarata nulla⁴². Il vizio della sentenza pronunciata *contra ius litigatoris* è – per così dire – un possibile «vizio» senza alcuna rilevanza sul piano della stretta efficacia giuridica, che può essere risolto in un ambito completamente interno al rapporto processuale. La posizione del *Decretum* sarà confermata senza oscillazioni dalla successiva dottrina canonistica e rispecchia nella sostanza anche la soluzione della civilistica⁴³.

sussequente derivazione *per modum derivationis* della *lex aeterna*, della *lex divina naturalis et positiva* e della *lex humana* è una creazione originale del diritto canonico, non riscontrabile nelle fonti giustiniane. Cfr. A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 72-75. In Graziano: C. 35, q. 9, c. 1 e C. 25, q. 2, c. 12: si veda in proposito soprattutto R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., p. 172.

³⁹ Per tutti, si veda C. 2, q. 1, c. 13: «Primo sempre omnia diligenter inquisite, ut cum iustitia et karitate diffiniatis; neminem condempnetis ante iustum et verum iudicium; nullum iudicetis suspicionis arbitrio; sed primum probate, et postea karitativam proferte sententiam, et quod vobis non vultis fieri alteri nolite facere».

⁴⁰ Per gli *errores in procedendo* ed *in iudicando* nella dottrina medievale si vedano per tutti gli studi, peraltro già più volte richiamati, di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit: pp. 147-164 e ID., *L'error in iudicando...* cit., *passim*.

⁴¹ «Si vero contra ius litigatoris sententia dicatur, veluti dum minor XIV. annis annum XIV implevisse, ac per hoc testamentum iure fecisse pronunciatur, ad provocationis remedium oportet confugere».

⁴² Cfr. *supra*, cap. I.

⁴³ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 147-164.

Infine, Graziano considera con molta attenzione la situazione del giudice, imputando ad esso doveri ed obblighi al fine di favorire l'emanazione di sentenze pienamente valide e conformi a giustizia. L'irregolare costituzione e pronuncia del collegio giudicante comporta, ad esempio, la nullità della decisione, così come è senz'altro invalida di pieno diritto la cosiddetta sentenza venale.

Nel complesso, comunque, la sistemazione delle cause di nullità proveniente dal *Decretum* manca di sistematicità ed è opera ardua quella di tentare una sintesi organica a partire dai riscontri testuali; se non convince completamente la classificazione, pure da molti utilizzata, presente in C. 11, q. 3 (in cui è prevalente l'ottica dell'ingiustizia e non quella della nullità), allo stesso modo appare insufficiente la sola impostazione desumibile dal c. 41 della *quaestio* 6, *causa* 2. Occorre perciò tentare di sintetizzare i dati emergenti dai diversi passi.

Dall'esame del *Decretum* risulta, perciò, una sistemazione fondata su una chiara dicotomia riguardante l'invalidità e l'ingiustizia. Propriamente, per quanto cocrne l'invalidità, questa può derivare – in primo luogo – dalla violazione od omissione dei precetti processuali (attività e presenza delle parti, del giudice, mancato rispetto dell'*ordo iudiciorum*). In seconda istanza, invece, può essere derminata dalla presenza di difetti intrinseci della sentenza (contenuto manifestamente ingiusto, assolutamente incerto della decisione, o contrarietà ad altro giudicato).

Per quanto riguarda, al contrario, il profilo dell'ingiustizia, si deve ulteriormente distinguere fra una «ingiustizia in senso stretto», che riguarda le sentenze contrarie al diritto divino (cfr. C. 11, q. 3, c. 101), ed una «ingiustizia in senso lato», che riguarda, invece, le diverse e disomogenee fattispecie d'invalidità individuate per difetti *ex causa*, *ex animo* ed *ex ordine*⁴⁴.

⁴⁴ Significativa è anche la qualificazione, affermata nella prassi della Rota romana a partire soprattutto da alcuni passi del *Liber Extra* (come X. 2,27,9), della notorietà dell'ingiustizia, che conduce alla nullità, mentre l'ingiustizia 'semplice' e non immediatamente riconoscibile fonda, invece, un motivo di appello: cfr. R. PUZA, *Res*

Ci si può chiedere, a questo punto, quali caratteri assumano le diverse fattispecie d'invalidità fino ad ora individuate. Nel *Decretum*, così come manca una sistematicità nella classificazione delle fattispecie d'invalidità, allo stesso modo manca un'attenzione specifica alla qualificazione ed alla gradazione delle diverse cause d'invalidità⁴⁵. E come la civilistica andava in parallelo elaborando soprattutto una riflessione intorno ai diversi motivi d'invalidità della sentenza a scapito di più complesse e raffinate distinzioni circa il regime e il trattamento delle stesse, così anche Graziano mostra interesse soprattutto per le cause d'invalidità, senza soffermarsi specificamente né sulla loro classificazione né, tantomeno, sulla natura dei rimedi previsti per la loro impugnativa.

L'opera del *magister* bolognese spicca per l'utilizzo di un'ampia gamma di espressioni diverse (spesso tratte dalle fonti civilistiche) nell'indicare fattispecie d'invalidità o d'inefficacia in senso lato: è assai difficile ricondurle ad una unità o ad uno schema interpretativo univoco ed esaustivo. Appaiono, però, accanto a sovrapposizioni semantiche e concettuali, alcune sfumature già ben espresse. La prima di queste è senz'altro la differenza fra l'appello e la nullità; se, infatti, questa può essere rilevata anche con quello strumento, è assai evidente che la funzione propria dell'appello non è l'accertamento delle invalidità.

Inoltre, si chiarisce nelle diverse fattispecie il rapporto-effetto fra vizi ed invalidità: quest'ultima, infatti, è un modo d'essere della decisione provocato da una sua non corrispondenza

iudicata. Rechtskraft und fehlerhaftes Urteil in den Decisiones der römischen Rota, Graz 1973, pp. 61-85.

⁴⁵ Si può aderire al pensiero di Raffaele Balbi sul punto: «Quando si passi ad individuare nel *Decretum* specificamente le condizioni giuridiche necessarie all'esistenza della sentenza, la problematica ... pone lo studioso di fronte a gravi difficoltà. Ciò è in diretta conseguenza, da un lato, della carenza, nell'opera graziana, di una visione sistematica dei difetti che conducono alla nullità della pronuncia del giudice e, dall'altro, della mancanza, in alcuni casi, di una qualsiasi formulazione dei rapporti fra tali difetti e l'efficacia obbligatoria della sentenza» (R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 143-144).

con il «retto giudizio» sia da un punto di vista formale (errori di procedura) che dal punto di vista del contenuto (grave e manifesta ingiustizia).

L'*iniustitia*, su cui ruota buona parte della riflessione graziana in materia d'inefficacia della sentenza – peraltro –, non è sovrapponibile all'invalidità: è in molti casi assimilabile ad una figura di nullità, ma la sua essenza non pare riconducibile *in toto* all'invalidità. Iniquità e nullità si collocano entrambe nell'ambito latissimo dei vizi che colpiscono in varia misura le sentenze, ma hanno ciascuna una propria individualità. Nella valutazione dell'ingiustizia, infatti, si guarda soprattutto al modo d'essere dell'atto, mentre lo sguardo rivolto sull'invalidità risulta del tutto orientato verso la sua incidenza – per così dire – esterna ed esteriore nel mondo degli effetti giuridici e dell'efficacia, oltre che della giustizia sostanziale⁴⁶. Rispetto all'odierno sistema, e pure a quello del diritto comune maturo, si può notare come in Graziano il concetto di *iniustitia* debordi dai confini consueti, comprendo parte dello spazio in genere occupato dall'invalidità e lasciando a quest'ultima uno spazio imperniato tutto sul profilo dell'efficacia.

In tal modo la specifica attenzione ai profili dell'equità e della giustizia sostanziale contribuiscono in Graziano a modificare lo sguardo sulle patologie della sentenza, concentrando la valutazione delle cause di nullità sui profili sostanziali dell'ingiustizia e della violazione di precetti imperativi. Le invalidità della sentenza delineate da Graziano hanno riguardo, infatti, non soltanto alle tradizionali cause «formali» di antica derivazione, ma sono originate anche da vizi «intrinseci» legati a valutazioni della concreta giustizia ed equità delle decisioni: l'individuazione dei rimedi per tali fattispecie si attesta su mezzi d'impugnativa assimilabili all'appello e come tali sottoposti a termini di decadenza; in questo senso Graziano contribuisce all'opera di superamento della rigida equiparazione fra invalidità e inesistenza che sfocerà

⁴⁶ Conclusivamente, L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., pp. 141-146.

nella nascita della *querela nullitatis* e nella prevalente valutazione delle sentenze invalide come sentenze annullabili⁴⁷.

3. *Dal Decretum al Liber Extra*⁴⁸.

Il periodo di passaggio dalla prima compilazione organica dello *ius canonicum* al *Liber Extra* gregoriano è foriero di qualche delusione per l'indagine sull'invalidità della sentenza. Non risultano, infatti (salvo alcune eccezioni), innovazioni significative rispetto all'impianto presente nel *Decretum*. Le stesse *Compilationes Antiquae* non riportano indicazioni rilevanti sulle invalidità delle sentenze.

Qualche anticipo delle novità, che troveranno piena sistemazione nelle sintesi del secolo successivo si trova – in questo ottantennio – nell'opera di Uguccone da Pisa, autore della *Summa* al *Decretum* più ampia fra quelle che si susseguono nella seconda metà del secolo XII e nei primi decenni di quello successivo; ad eccezione di Uguccone, però, il contributo dei decretisti maggiori al tema in questione non è particolarmente originale. Essi si limitano per lo più a ribadire alcune distinzioni già presenti nell'opera del maestro, precisando il significato di qualche fattispecie particolare: manca, però, uno sguardo complessivo al tema e manca la proposizione di soluzioni o strade nuove di comprensione dell'intricato problema. Si dovrà attendere il maggiore fra i decretalisti, l'Ostiense (canonista particolarmente attento anche all'evoluzione della coeva civilistica), per vedere affacciarsi sulla scena della canonistica tutto ciò⁴⁹. Risulta, infatti, un netto salto qualitativo fra la decretistica e la decretalistica: la prima è, infatti, incapace di sviluppi significativi rispetto all'elaborazione grazianea, mentre la seconda – muovendo dai dati del *Liber Extra* e

⁴⁷ Per tutti, R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 29-50.

⁴⁸ Per un quadro sintetico della maggiori opere di commento al *Decretum* si vedano, per tutti, F. CALASSO, *Medio Evo...* cit., pp. 558-561 ed E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 325-343.

⁴⁹ Cfr. *infra*, cap. VII.

dalle acquisizioni civilistiche – è in grado di proporre soluzioni innovative, per molti versi anticipatrici anche delle successive sintesi civilistiche del secolo XIV⁵⁰.

In linea generale, si riproduce senza originalità lo schema graziano, mettendo in evidenza la stretta relazione fra ingiustizia e invalidità della sentenza, per cui generalmente le invalidità dipendono dalla triplice motivazione di vizio *ex causa*, *ex ordine*, *ex animo*, come si può leggere – ad esempio – nella *Summa* di Rufino, vescovo di Assisi (che riprende il legame stretto, anche se non necessario fra invalidità ed ingiustizia):

«... Et quidam sententia condemnationis iniusta tribus modis dicitur: ex causa, ex ordine, ex animo. ... Cum vero tantum ex animo iniusta est, retractari quidam potest et per condemnantem et per superiorem iudicem, sed tamen interea contemnenda non est, non dico propter momentum sententiae, quae nulla est, sed propter dignitatem condemnantis episcopi»⁵¹.

La questione di nullità si colloca come questione incidentale e secondaria rispetto all'interesse primario del giurista, rivolto specialmente a valutare i diversi profili dell'ingiustizia della sentenza. Si tratta di una linea di pensiero generalmente seguita, che trova qualche eccezione, ad esempio nella *Summa parisiensis* (risalente all'incirca al 1150), in cui prevale la valutazione della validità – in linea generale – della sentenza ingiusta⁵². Accanto alle

⁵⁰ Lo si può rilevare, ad esempio, nella trattazione dedicata alle invalidità canonistiche della sentenza di Fernando della Rocca, quasi interamente dedicata alla dottrina successiva alla compilazione gregoriana e priva di riferimenti (salvo i richiami all'opera di Graziano) alla canonistica più antica: F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 26-146.

⁵¹ *Die Summa magistri Rufini zum Decretum Gratiani*, a c. J.F. SCHULTE, Giessen 1892, ad C. XI, Qu. 3, pp. 277-278.

⁵² «Hic distinguendum quia sententia alia justa, alia injusta. Injusta est quandoque ex causa, vel modo, vel animo. Ex causa quando non exstat justa quare aliquis debeat excommunicari. Ex modo quando excommunicatur non vocatus tribus edictis vel eo quo debet ordine. Ex animo quando aliquis ex odio excommunicatur vel pretio vel simili modo. Quandoque ergo est injusta ex causa et ex modo, sed non ex animo; quandoque ex causa et ex animo, sed non ex modo; quandoque ex modo et ex animo, sed non ex causa. Si ergo aliqua excommunicatio fuerit injusta ex modo et ex causa, et ali-

riflessioni intorno all'ingiustizia ed alle invalidità delle sentenze (per lo più di scomunica) la decretistica riproduce, inoltre, i passaggi più significativi del *Decretum* riguardo alle sentenze *contra ius* (C. 2, q. 6, c. 41), propendendo in generale per l'invalidità della decisione⁵³. Sulla stessa linea si colloca anche la *Summa* di Paucapalea⁵⁴; nello sviluppo della canonistica si afferma in particolare la stretta interdipendenza fra il profilo della giustizia della decisione e la sua inattitudine a produrre effetti. Ugualmente saranno modellati i diversi e possibili rimedi, sia in via d'impugnazione (fra i quali si afferma ben presto quello dell'appello⁵⁵) sia in via di annullamento (*querela nullitatis*).

La *Summa* rolandiana (al contrario di quella di Stefano di Tournai, che non contiene elementi significativi sul tema in questione)⁵⁶ conferma e sviluppa l'impostazione del *Decretum*, riproponendo i motivi tradizionali d'ingiustizia della decisione che incidono anche sul regime delle sentenze⁵⁷.

quis ad malum cogatur, tunc nullomodo debet observare illam excommunicationem non appretiare, velut si aliquis excommunicaretur quia nollet consentire episcopo in malo. In omnibus aliis injusta excommunicatio servanda est, quod qui non fecit meretur depositionem» (*The Summa Parisiensis on the Decretum Gratiani*, a c. T.P. MC LAUGHLIN, Toronto 1952, ad C. 11, q. 3, p. 150).

⁵³ Lo ribadisce – per esempio – la stessa *Summa parisiensis*: «... si sententia. Si quis iudicavit contra jus scriptum ita quod illud notet in sententia, non valet, nec necessaria est appellatio, ut si dicat: istius defunctis, qui habebat quatordecim annos, valet testamentum. Si vero iudicat contra jus litigatoris, ut si dicat: iste, quem tu dicis fuisse minoris aetatis, quia jam expleverat quatordecim annos, ejus valeat testamentum, tunc necessaria ejus appellatio est. ... cum superiore. Hoc solum habet facere ille ad quem appellatur, vel iudicare primo latam sententiam justam fuisse vel injustam» (*Summa parisiensis*... cit., ad C. 2, q. 6, c. 41, pp. 112-113).

⁵⁴ PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, a c. J.F. SCHULTE, Giessen 1890 (rist. Aalen 1965), causa 11, q. 3, pp. 78-79).

⁵⁵ Da un certo punto di vista si tratta di una prospettiva secondo la quale la relazione fra invalidità e gravame è assai stretta, essendo – però – per molti versi la seconda a prevalere concettualmente sulla prima, al contrario di quanto avviene nell'odierno sistema dell'assorbimento delle nullità fra i motivi ordinari di gravame.

⁵⁶ STEPHANUS TORNACENSIS [STEPHAN VON DOORNICK], *Die Summa über das Decretum Gratiani*, a c. J.F. SCHULTE, Giessen 1891 (rist. Aalen 1965); ugualmente di scarso rilievo sono le «Incerti auctoris quaestiones» (o «Quaestiones Stuttgardenses»).

⁵⁷ «Tertio, si digna non fuit, an contemptorem suae sententiae irrecoverabiliter oporteat deponi. Ad hoc notandum, quod sententia quandoque est iniusta ex animo

La valutazione dell'ingiustizia come possibile motivo d'invalidità (e non di appello) fondato su un profondo discostarsi dall'ordine delle cose (a cui s'ispira lo stesso *ordo* processuale) si attesta invece – come già accennato – nella più ampia opera di Uguccione da Pisa (e nelle compilazioni a lui successive), arricchendo il tradizionale quadro delle sentenze ingiuste *ex animo*, *ex causa* ed *ex ordine*⁵⁸. Con il passare del tempo il problema logico e giuridico dell'invalidità era emerso con maggiore chiarezza ed il canonista pisano si distingue nella sua trattazione per

proferendis, causa et ordine; quandoque iniusta ex animo proferentis, iusta tamen ex causa et ordine; quandoque iniusta ex animo et causa, iusta tamen ex ordine; quandoque iniusta ex animo et ordine, iusta vero ex causa. Contemptorem ergo sententiae sui episcopi iustae ex causa et ordine – vel iniustae ex animo et causa, iustae tamen ex ordine – vel iniustae ex animo et causa, iustae tamen ex ordine, dicimus deponendum, in duobus primis irrecuperabiliter, in tertio recuperabiliter, videlicet cum causa non subest. Sententiam ex animo iniustam dicimus, cum a iudice magis odii livore quam iustitiae proferatur amore; iustam ex causa, cum id sudest, pro quo sententia fertur; ex ordine, cum accusatore et testibus idoneis, i.e. qui manifesta causa a testimonio repelli non possunt, aliquis in sudicio convictus sententiam damnationis reportat, sive crimen subsit, sive non» (*Summa Magisteri Rolandi, mit anhang Incerti auctoris quaestiones*, a c. F. THANER, Innsbruck 1874 (rist. Aalen 1962), C. 11, q. 3, pp. 25-26). Il tema è ripreso anche in un altro passo della stessa opera: «Hic notandum est, quod eorum, quae irrationabiliter deciduntur, alia irrationabiliter decisa dicuntur quantum ad ordinem iudicarium non quantum ad causam, alia quod ad causam non ordinem, alia quod ad utrumque Ea dicuntur irrationabiliter decisa quantum ad ordinem iudicarium, quia in his ordo iudicarius non est servatus, non quantum ad causam, quia id suberat, pro quo sententia est illata. Hanc distinctionem requie in causa XI» (*Ibidem*, Causa 35, q. 9, p. 233): si osservi la stretta connessione fra l'*ordo iudiciarius* e i profili d'ingiustizia della decisione.

⁵⁸ La grande *Summa* di Uguccione è a tutt'oggi in buona parte inedita, salvo alcuni passi editi dallo Zeliauskas e la pregevole recente edizione critica delle prime venti *Distinctiones*: cfr. J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., *Appendix XVI*, pp. 63-85 e HUGUCCIO PISANUS, *Summa Decretorum. Distinctiones I-XX*, I, a c. O. PREROVSKÝ, Città del Vaticano 2006); il progetto di edizione della prima parte della *Summa* avviato a suo tempo da Luigi Prosdocimi non è approdato per ora a risultati compiuti (cfr. L. PROSDOCIMI, *La «Summa decretorum» di Uguccione da Pisa. Studi preliminari per un'edizione critica*, in «*Studia Gratiana*», III (1955), pp. 351-374). Si vedano, in ogni caso: G. CATALANO, *Contributo alla biografia di Uguccione da Pisa*, in «*Il Diritto ecclesiastico*», 65 (1954), pp. 3-67 e W.F. MULLER, *Huguccio. The Life, Works and Thought of a Twelfth-Century Jurist*, Washington 1994; di seguito si farà riferimento al manoscritto Vat. Lat. 2280 della Biblioteca Apostolica Vaticana ed ai passi proposti da Josephus Zeliauskas.

un più articolato e preciso argomentare ‘tecnico’ che – sempre a partire dai noti passi grazianei (in specie quelli dedicati alle sentenze ingiuste) – individua più precisamente l’ambito dell’operatività dell’invalidità delle decisioni gravemente viziate⁵⁹. Fra i molti, si può partire da un passo della *Summa*:

«Sic ergo patet quod aliud est in aliis et aliud in causis criminalibus vel spiritualibus ubi vertitur periculum animae, in talibus enim causis ecclesiasticis sententia etiam post X dies non facit jus nec transit in rem judicatam, nec ex sententia post X dies veritati praejudicatur, quod in aliis causis ecclesiasticis et in causis secularibus sit»⁶⁰.

Il punto di vista di Uguccione consiste nel tentativo di individuare una soluzione equilibrata al contrasto fra certezza e verità sostanziale, insito in ogni discussione riguardo alle invalidità delle decisioni, in specie quelle che influiscono sullo *status* delle persone e sui profili legati direttamente alla *salus animarum*.

In questo senso si può cogliere l’attenzione del giurista pisano anzitutto ai profili procedurali, violando i quali si cade senza dubbio nella sanzione dell’invalidità; valgono al riguardo i passi dedicati nella *Summa* a precisare il significato dell’*ordo* (recepito dalle elaborazioni coeve e precedenti) e stabilito ‘canonicamente’⁶¹. Accanto ai motivi d’invalidità della sentenze stabiliti

⁵⁹ Qualche indicazione in L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., pp. 23-47. Come già ricordato (supra, nota 58) riporta analiticamente la trascrizione di alcuni passi della *Summa* di Uguccione, Josephus Zeliauskas: a tale lezione si è fatto generalmente riferimento, con riguardo specifico al ms. Vat. Lat. 2280 della Biblioteca Apostolica Vaticana.

⁶⁰ UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, ad C. XXXV, q. 9, ripreso in L. MUSSELLI, *Il concetto...* cit., p. 33.

⁶¹ «... et nota quod ordo iudiciarius dicitur ut quis apud suum iudicem conveniatur et ad accusam tribus edictis vel uno peremptorio pro omnibus legitime citetur et citato legitime dentur inducie et accusatio sollempniter et in scriptis fiat et testes legitimi producantur et producti legitime examinarentur et sententia in scriptis profertur et non nisi in convictum vel confessum et cetere sollempnitates iuris canonici vel legales observentur. Item nota quod ordo iudiciarius dicitur duobus modis, scilicet, simpliciter et secundum quid. Simpliciter cum quis condemnatur servata integritate ordinis iudiciarii ut in premissis exceptis casibus. Cum ergo dicitur quod illis casibus

per violazione delle regole *in procedendo*, Uguccione prende in esame pure i difetti *in iudicando*, con più raffinate considerazioni di ordine sostanziale circa la giustizia della decisione. In tale ambito si può cogliere la chiara differenziazione fra sentenze viziate *ipso iure* e sentenze nulle *ipso facto* (per le quali occorre una specifica impugnativa):

«... Primates, ad v. irritam, retractandam: videntur ergo sibi contradicere; set sic intelligo: irritam = ipso iure; retractandam = de facto; nam sententia lata contra ordinem iudicarium ipso iure nulla est, irrita est et non tenet nec indiget retractatione maioris»⁶².

Secondo questa impostazione appare nell'opera di Uguccione la presenza di una sicura distinzione concettuale fra le diverse invalidità, che si configura come una accentuazione della fenditura aperta già da Graziano nella tradizionale impostazione monolitica di derivazione romanistica, a cui pure i primi civilisti avevano – in linea generale – aderito⁶³. Lo conferma anche lo

non observatur ordo iudiciarius, verum est integrum et simpliciter, set servatur ibi secundum quid, i. in parte, quia tales cause talem ordinem iudicarium requirunt. Nam eo ipso debet ibi servari ordo iuris quia non servatur ibi omnimoda sollempnitas ordinis iudicii. Item nota quod quedam sententia est condemnationis sive depositioni, quedam excommunicationis, quedam suspensionis. Prima non tenet non servato ordine iuris, nisi casualiter ut dictum est; seconda et tertia tenent, licet sollempnitas iuris non observetur, dummodo proferantur a suo iudice et ante appellationem» (UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, cit., f. 109 r., ad C. 2, q. 1, c. 1).

⁶² UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, cit., f. 109r., ad C. 2, q. 1. c. 5. Nella stessa direzione è anche il successivo commento a C. 2, q. 6. c. 16: «ad v. nichil erit; ipso iure; set viribus carebit: per hoc videtur dare intelligi quod tenetur, nisi irritaretur et sic deberet per sententiam irritari. Set nichil tale de iure tenet nec est opus aliqua irritatione, nisi quo ad factum, si aliquid corporaliter est ablatum et propter hoc dicit: carebit viribus, i. irritabitur; vel est lettera preposteranda sic: viribus carebit et ne videretur per hoc quod teneret et deberet irritari per sententiam cum ipso iure nichil sit, subditur: nichil erit: et ipso iure, etc. ar. Quod illud pro nullo reputatur quod iure destituitur» (*Ibidem*, f. 118r).

⁶³ In questo senso Josephus Zeliauskas individua nello sviluppo dell'impostazione graziana da parte dei canonisti, ed in particolare con Uguccione, una tappa rilevante nel formarsi del rimedio della *querela nullitatis*: J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., pp. 321-325. Occorre osservare la sostanziale contemporaneità nei passaggi essenziali della decretistica e della scuola della glossa in corrispondenza delle elaborazioni (quasi coeve) delle *summae* di Azzone e di Uguccio.

svolgimento del commento al solito passo del *Decretum* dedicato nello specifico alle invalidità della sentenza, nel quale Ugucione precisa e sviluppa l'impostazione graziana chiarendo sia il nodo della 'definitività' della sentenza sia l'ambito di operatività dell'invalidità *contra ius scriptum*:

«Ad v. *diffinitiva*: nota quod diffinitiva sententia dicitur que finem cause imponi plenissimum ut ff. de arbitr. L. Qualem [D. 4,8,19] et C. de iud. Certi iuris [C. 3,1,17]. Interlocutoria dicitur ominis sententia data inter principium cause et finem.

Ad v. *non obtinebit*: nec opus est appellatione. In sententia tamen excommunicationis speciale est ut valeat et teneat etiam contra ordinem iuris lata, dummodo feratur a iudice proprio et ante appellationem ut XI. q. III Si episcopus forte [C. 11, q. 3, c. 4].

Ad v. *contra ius scriptum*: i. contra ius constitutionis, scilicet directo contra verba ipsius legis, ut si dicat iudex: 'iudico minorem xiii annis posse testamentum condere vel usuras usurarum debere exigi seu accipi vel iudico neque etatem neque numerum filiorum': cum sic aliquis iudicat et expresse pronuntiat contra verba legis, sententia ipso iure nullius est momenti nec est opus appellatione, si ex certa scientia hoc faciat. Contra ius vero litigatoris profertur sententia cum non profertur directo contra verba legis, set contra mentem legis, ut si dicat iudex: 'iudico iustum posse condere testamentum, ipse enim minor est xiiii annis, iudico usuras istas debere exigi vel accip, iudico iustum non posse excusari a tutela': hic tenet, set potest relevari per appellationem. Hec distinctio colligitur ex hac lege et ff. que sent. Sine app. rescind. l. i. Item cum contra [D. 49,8,1]. Aliud est ergo proferre sententiam contra ius scriptum vel constitutionis et aliud contra ius litigatoris: illud est pronuntiare directo contra verba legis et exprimere errorem suum in sententia, hoc est pronuntiare contra mentem legis et non directo contra verba legis, ita quod non exprimat errorem suum in sententia. Et hic necessaria est appellatio; ibi non, nisi in casu ut iam dicitur.

Ad v. *ab esecutore*: et quia sententia excommunicationis tota consistit in executione, ideo non relevatur per appellationem»⁶⁴.

⁶⁴ UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, cit., f. 121v., ad C. 2, q. 6, c. 41.

Nella ripresa del passo graziano, Uguccione perviene in questa sede alla conferma della classica distinzione (com'è noto propria anche delle fonti civilistiche) fra sentenze *contra ius litigatoris* e sentenze *contra ius constitutionis*; occorre osservare che l'impostazione è qui – nella sostanza – aderente all'impostazione tradizionale, anche se l'approfondimento si coglie specialmente nella precisazione del vizio della sentenza «*contra mentem legis*» e dell'equiparazione dello *ius constitutionis* con lo *ius scriptum*⁶⁵. In questa direzione si evidenzia nell'opera del giurista pisano, oltre alla distinzione netta e precisa fra sentenze invaide e sentenze appellabili, una possibile (anche se sottile) differenziazione di trattamento fra decisioni viziate *ipso iure* ed altre decisioni non così radicalmente nulle (altrimenti definite come «*irritae*»), ma semplicemente «*irritandae*» e come tali sottoposte ad una qualificazione dell'invalidità affievolita e non perpetua⁶⁶.

Complessivamente si consolida nell'epoca di Uguccione una linea interpretativa attenta allo stesso modo al dato tecnico ed ai profili della giustizia, come documentato sia nella più scarna e

⁶⁵ Richiamando proprio il commento a C. 2, q. 6, c. 41, Uguccione precisa in altro passo la portata della sentenza nulla *contra ius constitutionis*: «Non debet, ad v. non est canonica: i. in quem prolata est contra ius constitutionis; quai talis sententia ipso iure nulla est nec tenet ut ii. q. 6 § diffinitiva [C. 2, q. 6, c. 41]. Excipiuntur secundum quondam notoria crimina, ubi non servatur ordo iudiciarius et tamen legitime subicitur pena canonica. Set male dicunt quia in notoriis servatur ordo iuris ut in admonitione, item sententie prolatione ut ii. q. i. § Quando [C. 2, q. 1, c. 20] et xxiiii. q. iii. Ecce [C. 24, q. 3, c. 18]. De illicita, licet non serevatur ibi tota sollempnitas iudicarii ordinis ut. ii. q. i Manifesta, De manifesta [C. 2, q. 1, c. 17] et in hoc ipos videtur ibi ordo iudiciarius serva si quia non tota sollempnitas ibi servatur: hoc enim exigit ordo iuris ut omnis sollempnitas iuris ibi non servetur» (UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, cit., f. 177v., ad C. 11. q. 3. c. 64).

⁶⁶ È proprio nel «limbo» delle figure di invalidità che sis discostano dalle nullità *ipso iure*, senza però collocarsi nell'orizzontee della semplice appellabilità, che si fa strada l'idea la sentenza impugnabile (o annullabile). Si può leggere utilmente il passo seguente dedicato alla sentenza di scomunica: «*Irritam*, ad v. *irritam*: i. *irritandam*, si intelligatur de sententia excommunicationis; vel *irritam*: ipso iure, si intelligatur de sententia depositionis lata in episcopum preter conscientiam pape, nisi confirmetur a papa, ut iii q. vi Hoc quippe [C. 3, q. 6, c. 10]. *Retractandam*: de iure si intelligatur de excommunicatione; vel *retractandam*: de facto» (UGUCCIONE DA PISA, *Summa*, cit., f. 176r, ad C. 11. q. 3. c. 35).

non del tutto originale *Summa* al *Decretum* del Faventino⁶⁷, così come nell'opera di Simone di Bisignano⁶⁸ e nella cosiddetta *Summa Elegantius*⁶⁹, che si preoccupano di precisare – ad esempio – il contenuto dell'*ordo iuris*, nonché il regime delle invalidità della sentenza venale e della decisione pronunciata da giudice incompetente.

In tutti questi casi, come già si è potuto osservare nell'opera di Uguccone, risulta sempre un'intensa commistione fra profili strettamente formali e considerazioni di giustizia, che contribuisce a dare volto compiuto all'assetto delle invalidità della sentenza proprio delle opere canonistiche, in cui, accanto alle più frequenti invalidità assolute (*ipso iure*) si fanno strada fattispecie d'invalidità 'affievolite', sottoposte a più stretti termini di preclusione ed a strumenti appositi di impugnazione o revocazione⁷⁰.

Lo si può notare pure nell'opera dei Giovanni Teutonico e nella glossa ordinaria al *Decretum*, ove si presentano più compiuti i tentativi di sistematizzazione delle diverse fattispecie d'invalidità nelle loro diverse forme. Si percepisce con chiarezza in questo contesto il valore tecnico e vincolante dell'*ordo iudiciarius* come rigoroso strumento di 'legalità' al servizio della giustizia; il rispetto della procedura, assistito dalla sanzione dell'invalidità, contribuisce anche a garantire la salvaguardia dei valori di giustizia e di verità sostanziale, anch'essi parimenti tutelati dalle previ-

⁶⁷ GIOVANNI FAVENTINO, *Summa decretorum (opus compositum ex Summis Rufini et Stephani Tornacensis)*, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. Vat. Borgh. 71, su cui cfr. J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., Appendix XI, p. 52.

⁶⁸ SIMONE DI BISIGNANO, *Summa Decreti*, in J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., Appendix XIV, pp. 57-62.

⁶⁹ *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, a c. G. FRANSEN, Città del Vaticano, I-III, 1969-1978-1986-1990. I passi di maggior rilievo sono nel vol. II, pp. 74-197.

⁷⁰ Si può menzionare in proposito un significativo passo della *Summa Coloniensis* (edito dallo Zeliauskas): «Econtra, ex concilio carthaginensi: Irritam iniustam episcoporum dampnationem censem et idcirco a synodo retractandam. Set hec auctoritas, si subtiliter advertitur, predicitis cooperatur. Si enim iniusta sententia per synodum retractanda est, donec retractata sit, tenet; irritam ergo dicit iniustam sententiam qua irritandam, non qua ipso iure nullam» (J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., Appendix XX, p. 94).

sioni d'invalidità degli atti – e particolarmente delle sentenze – viziati⁷¹. Nello specifico la violazione, o il mancato rispetto dell'*ordo*, comporta l'invalidità della sentenza⁷², così come, più dettagliatamente, il venir meno degli obblighi del giudice (sia ordinario sia delegato) è valutato negativamente dall'ordinamento ed è sanzionato con l'invalidità delle decisioni assunte⁷³.

Per quanto riguarda più nel dettaglio l'incidenza dell'ingiustizia sul regime delle decisioni si afferma il principio che la condizione di sentenza ingiusta implica l'invalidità se essa appare manifestamente; ciò è asseverato sia dalle statuizioni del Concilio Lateranense IV sia dall'opera del Teutonico e viene ripreso anche nella glossa ordinaria al *Decretum*⁷⁴. La stessa glossa precisa, poi, i confini delle patologie *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris*, concludendo nel senso della generale invalidità del primo caso e della semplice appellabilità (impugnabilità) del secondo⁷⁵; inoltre è utile richiamare la chiarificazione operata in ordine alla vasta gamma di rimedi (ordinari e non) previsti dal-

⁷¹ In generale, N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 33-35.

⁷² GIOVANNI TEUTONICO, *Apparatus glossarum in Compilationem tertiam*, ed. K. PENNINGTON, Città del Vaticano 1981, p. 193.

⁷³ *Ibidem*, p. 10 e p. 133; nella stessa direzione si collocano anche alcuni passi – editi dallo Zeliauskas – coevi a quelli citati, cfr. J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata...* cit., *Appendix*, p. 87 (*Summula de excommunicatione*) e p. 99 (*Summa Monacensis*): «Sententia diffinitiva differet tripliciter a sententia excommunicationis: illa enim suspenditur per appellationem, ista non; item illa post silencium x. dierum tenet nec retractabitur nisi occasione falsi, set ista statim tenet et post annum revocari potest ex qualibet onesta vel convenienti causa; item illa extra ordinem iudiciorum lata nullius momenti est, set ista alicuius momenti, quia timenda»; «Quando continet diffinitionem distinguendum est utrum (vel!) iudiciario ordine provata fuerit an non. Si iudiciario ordine data fuerit, obtinebit, nisi per appellationem suspendatur sicut in ii Causa q. vi (v!) colligitur in quibusdam legibus. Si contra iudiciarium ordinem, nulla firmitatem habebit nec erit opus appellatione».

⁷⁴ Concilio Lateranense IV, *constitutio* 3 (in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, ed. A. GARCIA Y GARCIA, Città del Vaticano 1981, p. 49). Si veda anche GIOVANNI TEUTONICO, *Apparatus...* cit., pp. 318-320.

⁷⁵ Gl. 'Contra ius' ad C. 2, q. 6, c. 41 (*Decretum Gratiani cum glossis*, Lugduni 1559, p. 459). La glossa al *Decretum* ribadisce anche l'invalidità delle decisioni con contenuto generico, di quelle di giudice incompetente (o sprovvisto di *iurisdictio*) e delle sentenze venali: Gl. 'Statim' (*Ibidem*, p. 450) e gl. 'Quaedam' (*Ibidem*, p. 453).

l'ordinamento nei confronti delle sentenze, siano esse invalide o semplicemente impugnabili⁷⁶.

Nell'evoluzione canonistica, dal *Decretum* all'elaborazione della decretalistica, si può rilevare un quadro articolato in merito al regime delle sentenze, in cui all'invalidità (intesa qui come nullità insanabile) spetta un posto di un certo rilievo (soprattutto come qualificazione negativa di una decisione operante di per sé, *ipso iure*, anche in assenza di un apposito rimedio), accanto all'istituto dell'appello; nella zona intermedia fra appello e invalidità assoluta si fanno strada – peraltro – fattispecie d'invalidità non assolute, che necessitano di un qualche impulso processuale ed hanno termini di prescrizione (o decadenza): si tratta del varco aperto nella sistematica (anche canonistica) in cui si delinea la direzione che porterà all'affermazione della *querela nullitatis* e delle sentenze annullabili.

Nel complesso, il primo periodo della canonistica opera a partire per lo più dalle fonti giustinanee e patristiche, muovendosi però nella direzione dell'avvio del superamento del rigido monismo tradizionale attraverso l'inserimento nell'ambito delle considerazioni sull'invalidità della sentenza della specifica valutazione della sua ingiustizia. Tale preoccupazione copre una gran parte dell'interesse dei decretisti (a partire dallo stesso Graziano) e si lega pure al tema della validità delle sentenze di scomunica in cui il profilo della giustizia assume connotati di una evidente importanza⁷⁷. È assente, invece, l'intento di offrire una sistemazione compiuta dei diversi profili attinenti alle invalidità della sentenza.

Sia le fonti, sia gli interpreti si concentrano su specifici casi d'invalidità (spesso corrispondenti alle fattispecie esaminate anche dai civilisti dell'epoca) ed offrono considerazioni di rilievo, ma pur sempre particolari, su alcune fattispecie di sentenza invalida (come la sentenza venale o le sentenze invalide per difetto di *iurisdictio* o di competenza del giudice), nonché qualche indicazione di un certo rilievo sul trattamento delle varie invalidità e

⁷⁶ Gl. 'Unde quaerit' (*Decretum Gratiani*... cit., ad C. XXXV, q. 9, c. 1, pp. 1234-1235) e gl. 'Errorem' (*Ibidem*, p. 1235).

⁷⁷ Cfr. esaustivamente J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata*... cit., *passim*.

sulla necessità o meno di specifiche impugnative per ottenere la rilevazione delle invalidità della sentenza.

Inoltre, nel significativo passaggio dal *Decretum* al *Liber Extra* viene poi a precisarsi un primo rilevante ‘spostamento’ concettuale secondo cui la valutazione della sentenza invalida viene a differenziarsi sempre più chiaramente dalla tradizionale nullità-inesistenza fino ad una gradazione di nullità e alla possibilità (poi realizzatasi compiutamente dopo la sintesi durantea) della previsione – accanto ai rimedi dell’appello e della generica *actio* – di uno specifico rimedio: la *querela nullitatis*⁷⁸.

Peraltro, con riguardo all’approdo della disciplina delle nullità nel *Liber Extra* è bene, pur sommariamente ed esemplificativamente, distinguere fra la disciplina delle cause di nullità e la (logicamente) successiva gradazione delle tipologie di nullità. Fra le cause d’invalidità spicca, com’è noto, quella per contrarietà alla legge:

«Sententia lata contra leges canonesve prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure. Postquam tamen ex abundanti, et appellationem tibi constat esse porrectam, mirati sumus, cur nec homines, qui tui iuris potuissent rationem reddere transmisisti»⁷⁹.

Secondo una linea interpretativa consolidata il passo riprende formulazioni risalenti, indicando l’assoluta invalidità (*ipso iure*) delle decisioni assunte in espressa contrarietà con la legge; si può ritenere tale contrarietà assimilabile ad un caso di

⁷⁸ Pregevole e condivisibile è in proposito la sintesi del Della Rocca con riferimento al contributo canonistico alla nascita della querela nullitatis: «Esso non solo non si costruisce – amalgamando elementi e principi germanici e romani – un istituto che, chimandosi o non querela nullitatis, valesse a costituire il mezzo necessariamente adatto e sufficiente ad ottenere la dichiarazione di nullità o l’annullamento di una sentenza invalida o anche ingiusta; bensì (esso), pur creando da ultimo un istituto di nullità processuale nella quasi sua interezza assolutamente originale e nuovo, di cui (a evoluzione compiuta) scarsissimi e debolissimi sono i riferimenti e i richiami alle nozioni in argomento tramandategli dal diritto germanico e dal diritto romano, lascia poi la nullità stessa sotto la disciplina o del principio romanistico della inesistenza o dell’istituto dell’appellatio o di quello più ampio dell’actio» (F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 21). Cfr. anche *infra*, «Considerazioni conclusive».

⁷⁹ X. 2,27,1.

errore (inteso come falsa applicazione o errata interpretazione della legge stessa), concetto su cui la dottrina svilupperà in seguito ampie ed articolate riflessioni⁸⁰.

Altrettanto rilevante risulta essere anche il passo di X. 2,27,9, che – sulla linea dell'impostazione già individuata nel *Decretum* stabilisce la connessione – tipicamente canonistica – fra invalidità e ingiustizia:

«Item quum aliqua causa appellatione remota committitur, et sententia fertur iniqua, eam evacuari oportet, nec ei debet stari, si iniquitatem contineat manifestam»⁸¹.

Proseguendo nell'attenzione ai profili della giustizia già delineati nel *Decretum* si può rilevare anche nel *Liber Extra* la specifica riflessione canonistica sull'incidenza della giustizia sulla validità delle decisioni, che comporta importanti conseguenze anche sui profili del trattamento e della gradazione delle invalidità. In questo senso occorre fare riferimento soprattutto al concetto di «manifesta iniquitas» attraverso cui «il concetto di nullità subisce la più profonda e originale alterazione»⁸². Infatti, con la

⁸⁰ Cfr. F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 79-98 e P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 153-164.

⁸¹ Di rilievo sono anche X. 2,27,10 e 2,27,13, oltre al titolo dedicato alla conferma delle decisioni da parte della Sede apostolica: X. 2,30 ed a quello dedicato alla sentenza di scomunica: X. 5,39 (che non contiene, peraltro, indicazioni paragonabili per interesse all'analogo *locus* graziano). Cfr. per tutti F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., *passim*. Inoltre si debbono richiamare in questa sede (anche se successivi) due passi rilevanti del *Liber Sextus* e delle *Clementinae*: «Etsi sententia diffinitiva, postquam scripta fuerit, debeat a iudice, non ab alio, de scripti recitatione proferri, alias nec nomen sententiae mereatur habere, nec ab ea sit appellare necesse: episcopo tamen, quem propter dignitatis praerogativam ampliori convenit honore fulgere, sententiam ab eo ferendam licebit ad instar illustrium personarum per alium recitare. Sententia, quam scriptam edi a iudice litigatoribus, non recitari, vel quam ab ipso stando, non sedendo proferri contingit, nullius penitus est momenti» (*Sextus* 2,14,5); «Ut calumniis litigantium occurratur, is, qui in beneficiis vel alia quavis causa ... contra se in petitorio vel possessorio sententias reportavit, ad agendum de nullitate ipsarum vel aliquius ex eis nullatenus admittatur, donec huiusmodi sententiae plenarie fuerint executioni mandatae» (*Clem.* 2,11,1). In merito si veda F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 26-57.

⁸² F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 79.

previsione della 'pubblicità' e della 'notorietà' dell'ingiustizia (secondo una casistica che sarà precisata dalla dottrina successiva al *Liber Extra*) si stabilisce un legame diretto fra ingiustizia e invalidità, che viene ad ampliare nettamente rispetto alle fonti tradizionali l'ambito di operatività delle invalidità⁸³.

Seguirà poi all'allargamento delle cause di invalidità al di là dei vizi strattamente formali e procedurali una differenziazione del trattamento delle diverse invalidità con la prevalenza del regime della sanabilità (annullabilità) su quello dell'insanabilità (nullità).

⁸³ Cfr. A. BETTETINI, *La restituito in integrum...* cit., pp. 110-170; lo stesso Bettetini ha di recente sintetizzato – proprio nella linea qui indicata – il percorso equitativo della riflessione canonistica classica, volto a limitare l'intangibilità del giudicato per salvaguardare le esigenze 'non negoziabili' della *salus animarum* e della giustizia sostanziale: «... questo spiega perché vi fossero sentenze che, pur acquisendo un'efficacia esecutiva del medesimo genere del giudicato, di questo non assumevano la veste formale. Ogni volta che si trattava di salvaguardare la norma suprema dell'ordinamento, le esigenze di una certezza e incontrovertibilità meramente formali potevano venir meno per dar luogo a una giustizia sostanziale, una certezza di relazioni che concernevano il fine ultimo dell'uomo e il bene della Chiesa. Nel convincimento che il bene spirituale di una persona era superiore ad ogni bene materiale. ... La giustizia sostanziale della sentenza si poneva quindi quale limite intrinseco della cosa giudicata. Non tanto nel senso che una sentenza ingiusta non potesse passare formalmente in giudicato (almeno in questo periodo). Quanto piuttosto nel senso più profondo che una sentenza, ancorché formalmente passata in giudicato, poteva comunque essere impugnata, non ammettendo il diritto della Chiesa che una verità presunta, o addirittura una 'verità-finta' potesse prevalere su quella sostanziale. Detto altrimenti, quanto esternamente si presentava come *ius* vincolante, tale in realtà non era. ... Il giudicato non creava o riconosceva una realtà nuova da porre accanto al diritto esistente, ma aveva una funzione meramente descrittiva: la verità accertata dalla sentenza andava accolta come se fosse quella sostanziale, e ad essa era assimilata. Ma questa non era sostituita o annullata, nel senso che, se si scopriva l'ingiustizia, cioè la non-verità della sentenza, questa poteva comunque essere impugnata, come è dimostrato e testimoniato da un uso assai generoso dell'istituto della *restituito in integrum*. E poi (lo abbiamo visto e qui ci discostiamo massimamente dalla logica secolare) nessuna sentenza 'potest peccatorem in peccato difendere vel nutrire', sì da essere nulla e non conseguire neppure l'effetto del giudicato, posta la tassatività della regola 'quod nullum est nullum producit effectum'. Conseguentemente, l'ordinamento non pretendeva di creare un diritto con il disposto del giudice, ma di assicurarne l'incontrovertibilità degli effetti» (A. BETTETINI, *Res iudicata e veritas nel pensiero canonico classico*, in *Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law*, Catania 30 July-6 August 2000, a c. M. BELLOMO-O. CONDORELLI, Città del Vaticano 2006, p. 390-395).

Inoltre, si può riscontrare anche nel *Liber Extra* (analogamente a quanto nello stesso periodo andava emergendo nei numerosi *ordines iudicarii* dedicati specificamente al processo romano-canonico)⁸⁴ una specifica attenzione alle cause di invalidità per violazione dei principi generali della procedura, a cominciare dall'organo giudicante⁸⁵ e dalle parti (sia nella loro esenza che nella loro attività)⁸⁶.

Proprio da queste risultanze, frutto della prima elaborazione della canonistica, muoveranno le più articolate e sistematiche trattazioni della decretalistica e degli *ordines iudicarii*, fino alla sintesi coeva di Guglielmo Durante, di cui si darà conto sinteticamente più avanti⁸⁷, assumendone l'opera come *exemplum* dell'intera riflessione dello *ius commune* in ambito processuale⁸⁸.

⁸⁴ Su cui si veda *infra*, cap. VI.

⁸⁵ Circa il giudice rilevano ai fini della validità della decisione anzitutto le considerazioni sulla capacità e sulla competenza: cfr. X. 1,4,3 e X. 1,3,13. Inoltre sono da menzionare i profili debella scomunica e dell'eresia come cause di incapacità deò giudice e conseguente invalidità della sentenza: cfr. X. 2,27,24 e X. 5,7,13. Infine, non mancano anche nel *Liber Extra* alcune disposizioni in merito all'invalidità delle decisioni pronunciate dal giudice corrotto: cfr. X 3,1,10 e – in generale – M LUCCHESI, *Giustizia e corruzione...* cit., pp. 157-216.

⁸⁶ Per quanto riguarda le invalidità determinate da vizi della persona delle parti si segnalano: la necessità del mandato al procuratore (X. 1,38,1), la necessaria presenza in giudizio (X. 1,38,2) e le incapacità di scomunicati, minori e religiose (X. 2,2,7; *Sextus*, 2,1,3 e *Sextus* 2,1,2); in merito cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 53-57. Circa l'attività delle parti il vizio di maggiore importanza risulta essere quello della mancanza o dell'invalidità della citazione, che determina l'invalidità dell'intero procedimento e conseguentemente anche dell'eventuale sentenza: cfr. X. 1,33,8 - X. 2,3,1 e X. 2,3,1). Sull'essenzialità della citazione della *litis contestatio*, si veda E. MAZZACANE, *La litis contestatio nel processo civile canonico*, Napoli 1954.

⁸⁷ Cfr. *infra*, cap. VI e cap. VII.

⁸⁸ Peraltro così è stata considerata per secoli dai giuristi del diritto comune e lo documenta l'enorme fortuna, manoscritta prima ed editoriale poi, dello *Speculum* in Europa (cfr. *infra*, cap. VIII). La centralità esemplare dello *Speculum* è stata richiamata di recente da BEATRICE PASCIUTA nella relazione presentata in *L'agire per altri. Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Roma, 17-19 novembre 2007; cfr. anche EADEM, *Per una storia della rappresentanza processuale. L'azione alieno nomine nella dottrina civilistica e canonistica fra XII e XIII secolo*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 37 (2008), pp. 160-186.

CAPITOLO QUINTO

L'APPORTO STATUTARIO¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I più antichi statuti. – 3. Lo sviluppo del secolo XIV. – 4. Il punto di vista degli «statutari».

1. Premessa.

Le fattispecie d'invalidità delle sentenze presenti negli statuti non si possono ricomprendere interamente all'interno delle previsioni dello *ius proprium*, dovendo in ogni caso essere collegate con lo sviluppo del processo romano-canonico e della dottrina coeva; peraltro, non si può disconoscere l'importanza spe-

¹ L'importanza degli statuti per l'evoluzione delle fattispecie d'invalidità delle sentenze era già stata posta in evidenza – fra gli altri – da A. SKEDL, *Die Nichttikskeit-beschwerde...* cit., pp. 52-67 e da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 131-141. È preferibile per esigenze di completezza e sistematicità mostrare in questa sede – pur se in estrema sintesi – l'intero percorso storico dell'evoluzione degli statuti nel corso del medioevo, senza arrestare l'indagine agli inizi del XIV secolo (come si farà per la dottrina, salvo in ogni caso anche per questa qualche preciso e necessario riferimento ai commentatori). Sugli statuti comunali e sulla loro necessaria interazione con la dottrina, si vedano, per tutti, le recenti osservazioni di: P. GROSSI, *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXVIII (2005), pp. 31-52; G.S. PENE VIDARI, *Censimento ed edizione degli statuti, con particolare riferimento al Piemonte*, in «Archivio Storico Ticinese» XXXII (1995), pp. 261-288; V. PIERGIOVANNI, *Lo statuto: lo specchio normativo delle identità cittadine*, in *Gli statuti dei comuni e delle corporazioni in Italia nei secoli XII-XVI. Mostra della raccolta della Biblioteca del Senato*, Roma 1995 ed U. SANTARELLI, *La normativa statutaria nel quadro dell'esperienza giuridica bassomedievale*, in *Diritto generale diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Torino, 19-21 novembre 1998), Roma 2001, pp. 337-350, con le ulteriori indicazioni riportate in tali saggi. Il presente capitolo costituisce, con modifiche, la ripresa di quanto già illustrato in M. ROSBOCH, *Invalidità e statuti...* cit., pp. 368-384.

cifica degli statuti nell'evoluzione delle invalidità della sentenza e dei rimedi individuati per farvi fronte. Anzi, è proprio in questo campo che il contributo statutario nello sviluppo complessivo dell'invalidità assume un'indiscutibile rilevanza: la nascita dell'istituto della *querela nullitatis*, ad esempio, sembra condizionata in larga misura dalla prassi e dalla legislazione statutaria².

I vari statuti, ben lungi dal costituire un 'sistema' unitario, recepiscono però alcune delle esigenze più sentite dal mondo comunale nei secoli XII e XIII e contribuiscono in larga misura a superare l'assetto romano dell'invalidità, basato – com'è noto – sull'equivalenza pratica e concettuale fra nullità ed inesistenza delle sentenze. Le diverse disposizioni statutarie dedicate alle fattispecie d'invalidità delle sentenze, spesso ispirate da giuristi, individuano nel complesso una prospettiva unitaria, un movimento che spinge l'intero ordinamento giuridico ad allontanarsi dagli assetti tradizionali. Così, è nell'ambito del mondo comunale, con il sorgere della *querela nullitatis*, che si riduce il numero delle invalidità insanabili a favore dell'aumento di quelle sanabili³.

2. *I più antichi statuti.*

Il punto di partenza è quello degli statuti più antichi. La storiografia, con la sola eccezione dell'analisi degli statuti pisani del sec. XII (in cui, peraltro, risulta potersi individuare un riferimento soltanto implicito alla sentenza nulla), ha fermato l'attenzione soprattutto sugli statuti trecenteschi, quando l'istituto si era già affermato ed era stato recepito in pieno dalla dottrina. Anzitutto, si afferma negli statuti la prassi di considerare accanto all'appello anche una specifica forma di impugnazione per far

² Per tutti, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 131-145.

³ Sulla stessa linea si colloca anche la maggiore fra le testimonianze del diritto regio medievale, il *Liber augustalis* di Federico II: esso contiene qualche riferimento alle invalidità della sentenza, con specifico riguardo alle nullità *ipso iure* e di alcune fattispecie d'invalidità sanabili; cfr. «Rubrica XLVIII», *Liber Constitutionum*, a c. O. ZECCHINO, in *Federico II. Enciclopedia Fridericiana*, III, Roma 2008.

valere la gran parte dei motivi d'invalidità. Questo nuovo rimedio, denominato «querela di nullità», sarà caratterizzato nelle legislazioni comunali dalla sua iniziale autonomia dall'appello, venendo con l'andare del tempo ad uniformarsi da un punto di vista procedurale, ma non sostanziale, con l'appello stesso. Soprattutto, tale azione di nullità ha un termine in cui deve essere esperita, a pena di decadenza, comportando tutto ciò anche la conseguenza pratica dell'annullabilità delle sentenze viziate⁴.

Peraltro, richiamando alcune considerazioni fin qui svolte⁵, è opinione della più recente storiografia che qualche spunto sull'abbozzo di una sorta di «azione» di annullabilità delle sentenze si possa già rinvenire nell'opera di Graziano⁶; la legislazione statutaria e l'analisi canonistica hanno contribuito perciò ad aprire alcuni varchi verso il disegno di un sistema nuovo e organico d'impugnazioni, in cui la *querela nullitatis* rivestirà una funzione senz'altro importante⁷. Come già si è visto, nell'opera graziana è presente – pur nella frammentarietà delle fonti – la percezione di una serie di norme di una certa complessità in materia processuale in cui coesistono linee di superamento della tradizione romanistica dell'identità fra ingiustizia, nullità e inesistenza della sentenza e il contemporaneo obbligo di ricerca della verità sostanziale che vieta di considerare inattaccabile il giudicato⁸: di tutto ciò si può rinvenire pure traccia già nelle testimonianze statutarie più antiche.

Oltre che nella più risalente documentazione del comune pisano⁹, si trova menzione dell'invalidità della sentenza – e di un ri-

⁴ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 5-20.

⁵ Cfr. *supra*, cap. IV.

⁶ Cfr. *infra*, cap. VI e R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 7-51.

⁷ Già Antonio Pertile aveva intuito uno sviluppo dell'istituto in questa direzione, senza precisare, però, tale affermazione: A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Torino 1893, VI-II, pp. 322-323.

⁸ Cfr. G. PALOZZI, *Recensione* a R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXV (1992), pp. 517-518 e *supra*, cap. IV.

⁹ Per gli statuti di Pisa, Arthur Skedl, oltre a riportare erroneamente le date degli statuti, ne enfatizza l'importanza. Le rubriche pisane si riferiscono specificamente

medio per far valere tale patologia – in alcuni documenti contenenti decisioni giudiziarie dei territori dei comuni di Brescia (risalente al 1193)¹⁰ e di Como (risalente al 1186)¹¹. Non risultano elementi per determinare con precisione le qualificazioni del regime di queste sentenze impugnate; si può però osservare con sicurezza che l'invalidità compare già all'inizio dell'esperienza comunale accanto all'appello e che nella prassi giudiziaria si utilizza la categoria dell'invalidità (nullità) *ipso iure*. Da queste testimonianze non emerge la presenza di un rimedio come quello della querela di nullità, ma almeno senz'altro la presenza della categoria generica dell'invalidità (nullità) per le sentenze viziate ed impugnate da parte dei giudici ecclesiastici e dei giudici comunali, che si sono generalmente formati in ambiente civilistico, a cui offrono – nel tempo – un importante apporto anche innovativo attraverso la loro attività pratica. La sentenza è giuridicamente nulla, ma esistente: occorre asseverare in qualche modo la sua invalidità e questo diverrà a breve il compito del giudice comu-

all'appello e non alla nullità; di nullità si parla espressamente solo nelle riforme del testo del 1161 (che lo Skedl non prende, però, in esame): A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsschwerde...* cit., pp. 53-54. Il passo più significativo è il seguente: «Qui potestas vel eius assessor, de questionibus et litibus que vertentur, seu essent, vel moverentur contra magistros lignaminum et murorum vel lapidum, vel aliquem eorum, de dicta arte exercentes, et contra alios opifices seu artifices, pro eorum officio, possit et debeat summam et extra ordinem cognoscere, et eas finire infra VIII dies, appellatione et nullitatis causa remota» (*Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, a c. F. BONAINI, Firenze 1857, II, p. 852). In merito cfr. anche C. STORTI STORCHI, *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso (secolo XII)*, Napoli 1998, pp. 107-109.

¹⁰ Per l'area di Brescia: «Nos magister Metellus et dominus Willielmus Oriane, delegati a domino Henricus Dei gratia Romanorum imperatore et semper augusto ad conoscendam causam appellationis et nullitatis, que vertitur inter comune de Arcu ex una parte et comune de Drena ab altera, auditis allegationibus utriusque partis et diligenter inspectis, inspecto etiam tenore litterarum comisionis domini imperatoris et comunicato coscilio, pronunciamus, sententiam domini episcopi Conradi nullam fuisse» (Cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsschwerde...* cit., pp. 54-55). Cfr. in generale A. PADOA SCHIOPPA, *Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII*, in «Nuova Rivista Storica», LXIV (1980), pp. 265-289.

¹¹ Per Como si tratta di una sentenza tipicamente ecclesiastica: «... Et ideo, quia abbas dicebat, quod non obtulit se defensioni divisarum rerum, dicebat sententiam consulum super ipsis rebus divisis latam ipso iure nullam esse» (A. SKEDL, *op. cit.*, p. 55).

nale¹². Si tratta nel complesso di una mentalità diffusa, che trova espressione nelle sentenze dei giudici comunali e che le raccolte statutarie successive recepiscono attraverso una precisa disciplina contenuta in singole norme statutarie.

Per il secolo XIII si possono notare fattispecie d'invalidità della sentenza molto più frequenti. Esempi significativi si riscontrano, fra gli altri, nelle raccolte statutarie di Lucca, Novara, Parma, Alessandria, Padova, Pistoia, Perugia e Siena. L'interesse di queste testimonianze è rivolto a due generi di problemi. In primo luogo, esse danno una prima documentazione delle origini della *querela nullitatis*, precisandone – secondo le esigenze locali – alcune modalità di applicazione e i rapporti con l'appello. In secondo luogo, gli statuti costruiscono motivi particolari d'invalidità della sentenza, pur non trovandosi – date le caratteristiche della legislazione statutaria – l'elencazione di categorie generali (che peraltro la stessa dottrina stentava ad elaborare compiutamente in quel periodo).

Restano però non chiarite dagli statuti alcune questioni importanti, come la pretesa esistenza di vizi insanabili e rilevabili pressoché *in perpetuum* per la loro gravità e il problema del giudice competente per le invalidità della sentenza. In tutti questi casi occorre far riferimento in via più diretta alla dottrina, senza dimenticare che negli statuti prevalgono i casi d'invalidità sanabile e la prescrittibilità dell'azione di nullità. Intorno al secondo problema si tratta di osservare l'evoluzione verso l'accentramento: il comune utilizza i mezzi di gravame – e la *querela nullitatis* in particolare – anche per operare un controllo sull'operato dei suoi funzionari, attribuendo la competenza del riesame delle cause a giudici diversi dai primi, e legati direttamente alle autorità comunali¹³.

¹² Il giudice svolge a partire dal XII secolo un ruolo di primo piano nel mondo comunale: cfr. S. MENZINGER, *Giuristi e politica...* cit., *passim*.

¹³ U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 107-148. In alcuni comuni verranno create magistrature apposite. La più nota (ma molto successiva) è quella veneziana; di un certo rilievo è anche quella medievale milanese, su cui cfr. E. LATTES-A. LATTES, *Un precursore milanese della Corte di Cassazione*, in «Rivista italiana per le

Nel concreto, ecco alcuni esempi: il primo può essere quello di Novara, nei cui statuti si distingue fra azione ed eccezione di nullità e si richiama espressamente un genere di sentenze considerate nulle «ipso iure»: queste invalidità si possono considerare non sanabili¹⁴. Gli statuti novaresi, risalenti al periodo 1277-1286, delineano, poi, casi di nullità delle sentenze per contrasto con il dettato statutario¹⁵: queste sentenze sono assolutamente nulle, senza necessità di proporre una specifica impugnazione¹⁶. Gli statuti del comune di Pistoia di fine Duecento, invece, disciplinano esplicitamente la *querela nullitatis* e l'*exceptio nullitatis* (oltre al ri-

scienze giuridiche», XVII (1894) pp. 201-216. Un sistema di impugnazioni permette due cose: anzitutto un controllo sull'operato dei giudici le cui decisioni possono essere impugnate; in secondo luogo una maggiore uniformità nell'applicazione del diritto in vista di una maggiore giustizia sostanziale, o almeno di una minore ingiustizia: cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *I limiti all'appello...* cit., pp. 35-57. Di rilievo sono anche le testimonianze duecentesche contenute nei diversi statuti bolognesi; può essere utile richiamare un passaggio di un certo rilievo sui rimedi previsti dallo statuto del 1288 avverso le sentenze viziate: «Et si dicta pecunia non sufficeret solutioni condemnationis unius vel plurium, fiat executio contra ipsum dominum potestatem et eius fideiussores, prout in aliis condemnationis, et a dictis condemnationibus non possit appellari, nec restituito peti nec annullari seu nulla declarari via aliquis nullitatis» (*Statuti di Bologna dell'anno 1288*, a c. G. FASOLI-P. SELLA, Città del Vaticano 1937-1939, II, p. 20).

¹⁴ «Sententias que per consules comunis sive iusticie vel eorum assessores, sive per potestatem Novarie late sunt, nisi suspense fuerint per appellationem vel beneficio restitutionis vel minoris etatis impetrato vel impetrando, et vendiciones et locationes per ipsos consules et potestatem sive eorum officiales de rebus comunis Novarie factas, vendiciones et locationes dico factas consilio maioris partis credentie, ratas habeo, et nisi habuerint exceptionem etiam lata sententia, vel nisi sint ipso iure nulle» (*Statuta communis Novarie. 1277-1286*, in *Historiae Patriae Monumenta. Leges Municipales*, t. XVI-I, a c. A. CERUTI, Torino 1876, col. 571).

¹⁵ «Sententias que per consules comunis sive iusticie vel eorum assessores, sive per potestatem Novarie late sunt, nisi suspense fuerint per appellationem vel beneficio restitutionis vel minoris etatis impetrato vel impetrando, et vendiciones et locationes per ipsos consules et potestatem sive eorum officiales de rebus comunis Novarie factas, vendiciones et locationes dico factas consilio maioris partis credentie, ratas habeo, et nisi habuerint exceptionem etiam lata sententia, vel nisi sint ipso iure nulle» (*Statuta communis Novarie...* cit., col. 571).

¹⁶ «Item omnes sententie et fodra et banna et mutua ... vel per consilium civitatis eiusdem, sint casse et irritate, et cassetur et irritentur et de libris deleantur, in quibus scripta reperirentur, nec alicuius sint de cetero valoris, et quod illa occasione non graventur» (*Statuta communis Novarie...* cit., col. 741, rub. CCCXIII).

medio straordinario, di derivazione canonistica, della *supplicatio*), ben distinguendoli concettualmente dall'appello e precisando i casi in cui tutti i rimedi sono vietati¹⁷. Con riferimento specifico alle sentenze in materia penale si trova la stessa distinzione fra appello, supplica, querela di nullità ed eccezione di nullità:

«Et non obstante aliquibus aliis capitulis constituti communis vel populi, vel summis consiliorum communis vel populi, vel provisionibus anzianorum, suprascriptis vel infrascriptis; et quod a condemnationis, que fiererent occasionibus suprascriptis vel aliqua earum, non possit appellari, supplicari vel dici nulle seu de nullitate opponi»¹⁸.

Il testo non precisa se l'azione di nullità – «nullitate dici» – abbia natura costitutiva o dichiarativa; l'espressione letterale, di per sé, manca dell'esplicita menzione della nullità «ipso iure», per cui il contesto generale della normativa, prevedendo un termine entro cui agire, può far pensare ad un tipo d'invalidità sanabile. Lo statuto richiama inoltre il rimedio straordinario della supplica, utilizzabile per le situazioni in cui la giustizia può rimanere pregiudicata da una rigida applicazione del principio di prescrittibilità dell'appello e della *querela nullitatis*¹⁹. Nella stessa

¹⁷ «Et insuper puniantur et condemnentur per eorum successores vel syndicum communis Pistorii, qui pro tempore fuerit, in quingentis libris pro quolibet, a quibus condemnationibus non possit nec debeat appellari vel supplicari, nec de nullitate eis vel alicui eorum opponi vel contradici seu fieri vel veniri modo aliquo vel causa, sed ad executionem ipsarum condemnationum teneatur quilibet officialis civitatis Pistorii qui pro tempore fuerit». *Brevis et ordinamentorum populi Pistorii*, ed. L. ZDEKAUER, Milano 1888, p. 112. In un altro passo della stessa rubrica si afferma: «A cuius syndici vel officialis sententia seu condemnatione, facta predicta de causa, non possit vel debeat appellari vel de nullitate opponi seu nullitate occasione retractari». Gli statuti risultano essere con estrema probabilità opera di di matrice colta, frutto dell'opera di giuristi, capaci di inserire nella redazione statutaria soluzioni tecnicamente di un certo rilievo (e non sempre rinvenibili nelle coeve opere dottrinarie).

¹⁸ *Brevis et ordinamentorum...* cit., p. 175.

¹⁹ Riflessioni in tal senso sono compiute dal Pugliese: G. PUGLIESE, *Giudicato civile...* cit., pp. 764-770. Si veda pure F. DELLA ROCCA, *La cosa giudicata in materia matrimoniale nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, in «Il Diritto Ecclesiastico», (1932), pp. 1-8 dell'estratto.

linea si colloca una disposizione riferita al diritto agli alimenti, in cui compare l'espressa indicazione del rimedio di nullità, accanto all'appello²⁰.

In linea generale, negli statuti pistoiesi sembrano prevalere esigenze di certezza ed intangibilità delle decisioni giudiziali, tali da sacrificare la possibilità di ricorsi o eccezioni di nullità al di là dei brevi termini di decadenza stabiliti dallo statuto, trascorsi i quali ogni vizio è da intendersi sanato *ab origine*, perché non più esperibile. Si giunge così al pratico capovolgimento del principio romanistico dell'equivalenza fra invalidità ed inesistenza: si tratta, in questo caso, pur se solo in situazioni eccezionali, di affermare l'identità fra nullità e piena esistenza ed efficacia²¹. Lo statuto, inoltre, stabilisce una causa generale d'invalidità, non solo della sentenza ma dell'intero procedimento, nella violazione di determinate norme statutarie²².

Negli statuti di Padova del 1285 è precisato il termine, venti giorni, entro cui il podestà è chiamato a giudicare sulle impu-

²⁰ «*De Alimentis*. Quoniam, sicut legitur, in divinis, viduarum pupillorum et orphanorum tam masculorum quam feminarum cohaiutores esse debemus et maxime, ne fame pereant, ideo statutum et ordinatum est quod potestas et eius iudices causarum civilium teneantur et debeant cognoscere super alimentis futuris omni tempore, non obstantibus feriis et sine ulla libelli oblatione et litis contestatione et alia iuris solemnitate et ipsas questiones summarie terminare et diffinire debeant. Non obstante aliqua appellatione vel nullitatis questione, que fieret, nec obstante aliquo constituto communis vel populi. Et apronuntiatione vel sententia lata pro alimentis non possit appellari nec aliquid de nullitate opponi» (*Statutum potestatis comunis Pistorii*, ed. L. ZDEKAUER, Milano 1888, p. 58).

²¹ *Statutorum potestatis...* cit., p. 255.

²² Occorre osservare a questo punto come l'equiparazione delle norme statutarie alle disposizioni del *Corpus iuris* quale fonte intangibile dalla cui violazione poteva scaturire l'invalidità degli atti dei funzionari comunali ed in specie delle sentenze non fu un approdo immediato della dottrina medievale; risale all'inizio del XII secolo la precisa individuazione di tale equivalenza; in merito, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 22-32. Fra le prime testimonianze della dottrina si possono menzionare Roffredo Beneventano e Giovanni Bassiano. Discusso è invece il principio dell'invalidità per contrasto con la consuetudine: la glossa, però, considerò la sentenza nulla soltanto se *contra ius scriptum* (*Ibidem*, p. 24-25). In questo modo la violazione dei precetti statutari assumerà una posizione preminente fra le cause d'invalidità delle sentenze previste dagli statuti: «Item contra iura sententia lata fuit et specificet in quo» (ROFFREDO, *Libelli iuris civilis*, cit., § *De actione in factum...* cit., p. 170).

gnative dell'appello – che vanno proposte entro quaranta giorni dalla pronuncia della decisione – o dell'azione di nullità²³; la rubrica è importante perché fa emergere la prassi secondo cui l'appello e la nullità potevano essere proposti nello stesso atto di citazione, il *libellus*; non è comunque esclusa l'impugnazione separata. Inoltre, per quanto riguarda l'invalidità, si fa espresso riferimento al termine di «annullamento», e in effetti – secondo un'attuale terminologia – di annullabilità si tratta. L'azione è in questo caso chiaramente prescrivibile e i vizi della sentenza non impugnata nei termini devono considerarsi sanati. Senonché, in un'altra rubrica lo statuto fa menzione di sentenze considerate nulle «ipso iure», per le quali non si deve provvedere all'esecuzione. In questi ultimi casi si può affermare che il giudice può e deve conoscere d'ufficio i casi di nullità assoluta, anche in difetto di richiesta delle parti²⁴. Come in altri statuti, anche in quelli padovani vengono stabiliti specifici casi d'invalidità motivati da situazioni locali²⁵.

Gli statuti di Perugia del 1279 contengono anch'essi una menzione esplicita dell'annullamento delle sentenze e dei motivi d'invalidità esplicitamente previsti nel testo statutario, oltre al divieto – in alcuni casi stabiliti dallo statuto – di opporsi all'esecuzione della decisione mediante eccezione²⁶. La pronuncia è costi-

²³ «Condepmnati a sententiis cataverorum possint appellare et sententiam nullam dicere ad potestatem cum se gravatos senserint et potestas causam illam appellationis vel annulationis expedire et terminare teneatur infra viginti dies a die qua libellus appellationis vel annulationis ei porrectus fuerit per appellatorem» (*Statuti del Comune di Padova dal secolo XII all'anno 1285*, Padova 1873, p. 173).

²⁴ «Et si cognoverit vel indicaverit sententia sit ipso iure nulla et executioni non mandetur» (*Statuti del Comune...* cit., p. 157).

²⁵ Ad esempio, nelle sentenze sulle cause di danno si dice che «... communis procuratores omnes simul debeant iudicare de damnis datis, que per comune fuerint emendanda, et sententia aliter lata non teneat. ... Et aliter sententia lata non valet» (*Statuti del Comune...* cit., p. 52, n. 130 e n. 131). L'invalidità discende dalla considerazione dell'esclusività dell'organo giudicante padovano, che esclude la competenza di ogni altro giudice.

²⁶ «Non obstante annulatione facta per syndicos de tali sententia seu processus. ... Non obstante aliqua exceptione que opponi posit per fratrem maiorem». Il passo è riportato da S. CAPRIOLI, *Una città nello specchio delle sue norme: Perugia milledue-*

tutiva della nullità e può rappresentare anche uno strumento di controllo per il comune. In secondo luogo, la sentenza nulla non deve produrre effetti e soprattutto quello, tipico civilistico, di condanna al pagamento²⁷.

Ad Alessandria, lo statuto precisa la disciplina dell'eccezione di nullità, non della *querela nullitatis*, che comunque non si può escludere venisse utilizzata, anche contro le nullità comminate dallo stesso statuto. Ampia è la previsione di fattispecie d'invalidità della sentenza per violazione del disposto statutario. Si tratta di casi d'invalidità assai specifici (riguardanti una tipica materia comunale come i «danni dati»), elaborati dai compilatori statutari a precisazione e integrazione dei casi individuati dalla dottrina²⁸. Anche qui il regime dell'invalidità prevista è quella

centosettantanove, in *Società e istituzioni nell'Italia comunale: l'esempio di Perugia*, Perugia 1988, p. 393. Sul sistema giudiziario perugino, si veda M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del secolo XIII*, Perugia 1991.

²⁷ «Salvo si feratur, debitor non debeat condemnari; et si condemnaretur, ipsa condemnatio seu sententia non valeat neque teneat et nullum preiudicium generet debitori». (S. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 396). Anche a Perugia la violazione della norma statutaria è considerata motivo di nullità delle sentenze: «... si fuerit aliquis exbannitus vel condemnatus ultra formam statuti, condemnatio et exbannimentum non valeat, et penitus irritetur» (p. 427).

²⁸ Esempio tipico è la rubrica seguente: «*De ratione cuiuslibet reddenda et de dan-dis iudicibus civibus Alexandrie*. ... Idem intelligatur in consulibus iustitie et iudicibus tolte et ferratie et si predicta contenta in dicto capitulo non fuerint observata processus vel sententia aliter factus vel facta seu lata non valeat ipso iure. ... Item statutum est quod quolibet qui denunciabit vel denunciacionem facere voluerit aliquam contra commune vel que tangeret vel tangere posset vel videretur posse tangere commune Alexandrie illam facere debeat domino potestati in presentia Ancianorum populi vel duarum partium ipsorum ad minus et quod infra tertiam diem denunciator teneatur et debeat causam perfectam de ipsa denunciacione dare et ponere penes notarios campanilis et si predicta in omnibus et singulis non essent plenissime in omnibus observata denunciatio que fieret ipso iure non valeat nec teneat et sit ipso iure irrita et nullius valoris et in nihilum occasione dicte denunciacionis commune teneatur et predicta omnia et singula attendere precise et sine tenore» (*Codex statutorum magnifice communitatis atque dioecesis Alexandrinae*, Alexandriae 1547, rist. an. a c. M.E. VIOIRA, Torino 1969, p. XIII). Sulle vicende dell'edizione degli statuti alessandrini cfr. G.S. PENE VIDARI, *Gli statuti di Alessandria. Noterelle anniversary*, in «Rivista di Storia Arte e Archeologia per le Province di Alessandria e Asti», CVI (1997), pp. 37-64.

ipso iure, cioè assoluta. Si può pensare, peraltro, che i casi di vizi sanabili coesistano negli statuti con le invalidità assolute provocate dalla violazione di prescrizioni e obblighi statutari. Occorre notare che anche nel comune alessandrino si afferma – a pena di nullità – l'esclusività dei giudici cittadini, che precludono ogni altra giurisdizione.

Significativo è anche il testo dell'accordo, risalente al 1239, fra le città di Mantova e di Ferrara, in cui si può trovare testimonianza del rimedio di nullità e della sua diffusione in quei comuni²⁹.

Sulla stessa linea è, infine, lo statuto senese del 1262, in cui ampio spazio è dedicato alle impugnazioni e alla *querela nullitatis*. La disciplina delle impugnative, che prevede un termine rigoroso di quindici giorni per proporre appello, è integrata da una rubrica sulla nullità:

«*De nullitate sententie cognoscatur infra XV dies. Et si sententia, que appellatione non sit suspensa nec suspendi possit, petatur executioni mandare, et ab eo, contra quem lata fuerit, obiciatur: 'ipsam de iure non tenere' nisi infra XV dies, quos habere debeat ad probandum de eius sententie nullitate, probaverit, eis elapsis ad requisitionem victoris ipsam executioni mandabo, nulla appellatione admissa*»³⁰.

²⁹ «Concordia Mantuae cum Ferarria: ... et actori succumbenti semel liceat ad potestatem Mantuae appellare, vel sententiam nullam dicere. Reo tamen succumbenti non liceat appellare nec sententiam nullam dicere. Et dicta Potestas vel alter iudicum assessorem potestatis de causa appellationis vel nullitatis cognoscat; et infra quindecim dies alios continuos, non obstantibus feriis, ut dictum est, causam per sententia diffiniat. Quod si non fecerit, prima sententia rata consistat. Sententia vero, quam iudex assessor non pronuntiaverit iniustam vel nullam, mandetur exsequutioni. ... Idem modus et ordo servetur in sententiis, sententia, praeceptis et precepto hinc retro latis et factis, nisi fuerint retractatae vel retractata per appellationem, vel pronuntiatum fuerit eas vel ea vel eum esse nullam vel nullas vel nullum» (Cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitbeschwerde...* cit., pp. 66-67).

³⁰ *Il Constituto del Comune...* cit., p. 256. Gli statuti senesi contengono una particolarità: essi considerano – al contrario della quasi totalità degli altri statuti in cui o non si dice nulla in proposito o si afferma l'opposta soluzione – sempre proponibile in via di eccezione la questione di nullità, che decade, invece, in via principale dopo

Trascorso il termine utile per impugnare, la sentenza, senza ulteriori possibilità di appello, va eseguita ed eventuali invalidità presenti si devono considerare sanate. Eccezioni a tale rigorosa disciplina sono l'esistenza di un evidente impedimento della parte soccombente o un accordo fra le parti per una dilatazione dei termini³¹. Non sono previste deroghe. Il regime delle sentenze invalide negli statuti senesi è quello di una invalidità sanabile, o annullabilità. Trascorso il termine per impugnare – o respinta l'impugnativa – la sentenza deve considerarsi sanata³², salva la possibilità di far valere la nullità come eccezione³³. È una disciplina molto rigorosa, che conferisce alla procedura un'ampia misura di certezza e di garanzia dell'intangibilità delle decisioni dei giudici comunali. In questo senso si affermano anche a Siena gli elementi di una diversa visione dell'invalidità, impostata sulla necessità delle impugnative per rilevare i vizi delle decisioni e sul venir meno dell'operatività *ipso iure* dell'invalidità della sentenza³⁴.

3. *Lo sviluppo nel secolo XIV.*

L'esame delle disposizioni di alcuni statuti duecenteschi ha permesso di individuare una linea di sviluppo del diritto stautario culminante con l'individuazione di una serie di rimedi previsti avverso le sentenze invalide, che porterà la dottrina nel secolo XIV ad individuare con cosciente percezione lo strumento della

quindici giorni. Sulla giustizia senese, cfr. S. MENZINGER, *Giuristi e politica...* cit., pp. 15-93.

³¹ «Et si per appellantem steterit ultra terminum constituti, rata maneat sententia, nisi iusto et evidenti impedimento, iudici noto, fuerit impeditus, et nisi tempus ex consensu partium fuerit prorogatum» (*Il Constituto del Comune...* cit., p. 255).

³² In tal senso, cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile...* cit., p. 768.

³³ «De sententiis firmis tenendis. Et sententiam vel sententiis, quam vel quas iudex comunis vel consules placiti vel eorum iudex vel ille, cui litem commiserit, dederit vel dederint, bona fide sine fraude observabo et observari faciam, nisi ad me fuerit appellatum» (*Il Constituto del Comune...* cit., p. 255).

³⁴ Cfr. *infra*, cap. VII ed A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 45-51.

querela nullitatis, costruito per rilevare i motivi di nullità delle sentenze entro un termine stabilito (spesso in analogia con quello dell'appello, di regola dieci giorni, in qualche caso di poco maggiore), assai più breve di quanto previsto per la prescrizione ordinaria delle azioni, da cinque a trent'anni³⁵. L'impugnativa (*petitio* o *querela*) per motivi di nullità assume nel corso del XIV secolo una sua fisionomia specifica, concettualmente ben distinta sia dall'appello sia dalla valutazione delle invalidità assolute (esperibili *in perpetuum* ed *ipso iure*), individuando pure con precisione il giudice *ad quem*, generalmente il giudice 'superiore' di appello e in altri casi lo stesso giudice della pronuncia nulla, chiamato – per così dire – a ritornare sui suoi passi³⁶. Questa linea di sviluppo è rinvenibile nella gran parte dei comuni nel corso del Trecento. Emerge, inoltre, negli statuti una tendenza pratica all'accostamento procedurale fra appello e nullità³⁷: la disciplina del *remedium nullitatis* è, infatti, quasi sempre rilevabile nelle rubriche dedicate all'appello ed è frequente la previsione della possibilità di proporre la nullità nello stesso atto di appello, per cui questa prassi riduce, con il trascorrere del tempo, anche alcune differenze concettuali stabilite nelle fonti fra l'appello e l'invalidità, aprendo la via all'assorbimento della nullità negli or-

³⁵ G. PUGLIESE, *Giudicato civile...* cit., pp. 764-769.

³⁶ Menziono come primi esmpi due importanti testimonianze tratte dagli statuti di Bologna del 1389 e del 1376, a oggi inediti e conservati presso l'Archivio di Stato di Bologna: «De causa nullitatis. Ordinamus quod si simpliciter sententia dicatur nulla per viam principalis petitionis quae fieri possit et debeat solum infra decem dies datos ad appellandum ut supra vide. Idem iudex qui tulerit sententiam vel vicarius potestatis vel iudex ad dictum Aquille deputatus quem adhiverit ille qui dixerit sententiam nullam possit de dicta nullitate cognoscere vell alter ex iudicibus appellationum cui iudex comisit et quam causam nullitatis principaliter ignote comittere teneantur ad eius partis quam nullam sententiam dixerit petitionem ut supra dictum est de causa appellationis possit cognoscere de nullitate» (*Statuti del 1389*, Archivio di Stato di Bologna, fondo Governo del Comune, serie Statuti, vol. XIV, c. 220v); «Si aut simpliciter appellavit de nullitate aaudiatur perpetuo exciando principaliter non proponendo solum secundum formam huius statutorum si de nullitate espresse cognitum fuisset ubi principaliter appellavisset» (*Statuti del 1376*, Archivio di Stato di Bologna, fondo Governo del Comune, serie Statuti, vol. XIII, c. 180r).

³⁷ Su cui si veda U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 105-112.

dinari mezzi di gravame³⁸. In effetti, la proposizione di appello e nullità in un unico atto di impugnazione – pur se considerata ‘irrituale’ dalla dottrina – è senz’altro più semplice e permette un risparmio di tempo e di risorse processuali. La presenza di vizi di diversa gravità – e di sentenze viziate sanabili oppure insanabili – affiora con chiarezza nelle redazioni trecentesche: i casi di nullità più gravi vengono fatti valere non più attraverso azioni ordinarie fino ad ora considerate imprescrittibili e di mero accertamento della nullità, ma attraverso i rimedi straordinari, che implicano una rinnovazione del giudizio motivata da gravi ragioni morali o di giustizia sostanziale³⁹.

Un complesso d’invalidità processuali e d’impugnative della sentenza è contenuto negli statuti del comune di Lucca, in cui si osserva precisamente lo sviluppo della *querela nullitatis*, che subisce anche un certo influsso della dottrina. Così si passa da un

³⁸ Il passaggio è ben descritto da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 131 ss. Occorre non trascurare l’importanza dell’imitazione statutaria, che può aver contribuito nel corso del tempo – anche per quanto riguarda i rimedi delle sentenze – alla diffusione di alcune fra le soluzioni più innovative.

³⁹ Nello statuto di Torino risalente alla metà del Trecento si percepisce – ad esempio – la tendenza a comprimere i casi di nullità assoluta, ad accostarli al regime degli altri casi d’invalidità considerati sanabili, ritenendo annullabili le sentenze e non nulle di pieno diritto. La differenza fra le due sentenze viziate si sposta sul piano dell’esecutorietà immediata, ma, trascorso il termine per appellare, tutte le sentenze passano in giudicato e non sono più impugnabili. Si può pensare, al più, che in qualche caso rimanga ulteriormente utilizzabile l’eccezione di nullità: «Item quod iudex teneatur habere et tenere ratas et firmas sententias, possessiones, extimationes condemnationes datas, dictas dicendas et dandas ab eo, sicut date sunt et dabuntur, easque executioni mandare debeat, si querela inde sibi facta fuerit, nisi per appellationem suspendatur, vel ipso iure sint nulle, vel nisi prescriptione iuris vel statuti tolerantur» (*Gli statuti del Comune di Torino del 1360*, a c. D. BIZZARRI, Torino 1933, pp. 26-27). «Item statutum est quod si quis ex civibus inter se litigantibus iure ordinario Taurini devictus, vel ab inde superius voluerit appellare, appellet infra decendium vicarium Taurini, si dominus non sit presen, qui vicarius, vel data per ipsum vicarium curia non suspecta de Taurino, teneatur bona fide et sine fraude, remoto omni odio, amore, precio vel precibus, servitio vel parentela, cognoscere de dictis causis, easque diffinire a temporibus appellationis interposite usque ad quadraginta dies, ita quod infra dies triginta quelibet pars docere valeat de iure suo, postea vero infra dies decem sequentes sententia feratur confirmationis, vel infirmationis, alioquin rata maneat prima sententia. Idem intelligatur de sentenciis, que dicentur, vel dicte fuerint ipso iure nulle» (*Ibidem*, p. 27).

sistema semplice di impugnative, in cui la menzione della nullità è generica (negli statuti del 1308), ad un sistema più complesso, nelle compilazioni successive al XIV secolo. In primo luogo, lo statuto trecentesco riporta insieme all'appello il rimedio della querela di nullità⁴⁰. Anche negli statuti di Lucca le impugnazioni non sempre sono esperibili⁴¹: la rubrica *Quorum appellationes non recipiantur* prevede che l'appello e la querela non sospendano l'esecuzione delle sentenze e il divieto di proporre impugnazioni ed eccezioni al solo scopo di differire l'esecuzione delle decisioni⁴². Oltre all'appello e alla querela di nullità, il giudice d'appello è chiamato a decidere anche sulle richieste straordinarie in via di supplica: il comune limita, a seconda dell'opportunità, il diritto di appellare e di proporre querela, per cui le sentenze non impugnabili passano in giudicato anche se viziate.

Queste regole si precisano nel corso del XIV e XV secolo, fino agli statuti del 1539, ove si può cogliere una ormai tarda disciplina organica delle impugnazioni della sentenza e della *querela nullitatis*, che ha recepito non solo la tradizione locale, ma anche l'elaborazione dottrinale. La situazione lucchese è esemplificativa di un fenomeno rilevabile in molti altri comuni. Si fa

⁴⁰ «De appellando ad iudicem appellationis lucani Communis et de pena appellantis ad alium iudicem. ... Et quicumque appellaverit vel supplicaverit ad alium iudicem, vel querelam moveri, puniatur et condenpnnetur qualibet vice in libris D, et bona eius incontinenti depopulentur, et residua confiscentur lucano Comuni. ... Et quod ab aliqua sententia vel processu seu condenpnatione, executione vel facto, que fierent per executiones presentis capituli non possit appellari, supplicari vel querela moveri vel ad aliquem iudicem recursus haberi» (*Statuto del Comune di Lucca dell'anno MCCCVIII.*, Lucca 1867, p. 260).

⁴¹ Cfr. *Statuto del Comune di Lucca...* cit., p. 261.

⁴² «De cavillationibus et subterfugiis et exceptionibus opponendis, et infra quod tempus. Cavillationum et subterfugiorum et dilationum materiam amputare volentes decernimus, quod omnes exceptiones que ante litem contestatam proponi possunt, vel que contestationem impediunt vel morantur, proponantur infra sex dies a porrectione libelli vel reclami, et post modum infra sex dies probentur, nisi aliud paretibus placuerit, vel nisi per actorem steterit quod non compareat in iudicio; quo quidem si moram expectant longiorem vel altiolem querant indaginem, exceptio pro non opposita habeatur, et litis contestationem non impediat et retardet; salva exceptione, et eius probatione in iudicio sevata» (*Statuto del Comune di Lucca...* cit., pp. 263-264).

esplicito riferimento, infatti, alla forma, alla natura e agli effetti dell'azione di nullità, distinguendo inoltre fra i diversi tipi d'invalidità: ad esempio, si trova la rubrica *De forma interponendae appellationis et querelae nullitatis*, in cui appello e nullità sono equiparati sia nel procedimento sia nell'efficacia⁴³. La proposizione di appello e nullità è vincolata alla norma statutaria e al di fuori di tali vincoli è invalida. Si precisano poi gli organi di fronte ai quali si devono proporre le impugnazioni («De iudicibus ad quos appellari debeat, et quotiens appellari possint»), la nullità in via d'azione e l'eccezione di nullità⁴⁴: il giudice dell'appello è competente a decidere anche in merito alla querela ed è vietato impugnare la sentenza di fronte a giudice diverso da quello comunale⁴⁵. Se la querela è proposta insieme all'appello va inoltrata, naturalmente, al giudice d'appello; se, invece, è proposta da sola, è da presentare allo stesso giudice che ha emanato la sentenza; è consentito, però, proporre in via principale l'azione di nullità di fronte al giudice dell'appello.

Secondo lo statuto lucchese, l'impugnativa di nullità ha sia effetto sospensivo dell'esecuzione sia effetto devolutivo della causa al giudice superiore. Non è possibile – però – esperire la nullità di fronte ad un giudice qualsiasi, ma solo di fronte a quelli indicati espressamente dallo statuto⁴⁶. Il cuore della disciplina delle impugnazioni delle sentenze – a cui sono dedicati oltre

⁴³ «Statuimus quod semper in casibus in quibus permittitur appellari debeat appellatio interponi infra tempus in precedenti capitulum ordinatum in scriptis. ... Et quod appellatio sibi iusta videtur, et nisi sic iuraverit, non valeat ipso iure et quae dicta sunt supra de forma interponendae appellationis, vendicent sibi locum in querelam nullitatis proponenda» (*Lucensis Civitatis Statuta nuperrime castigata et quam accuratissime impressa*, Lucae 1539, p. CCLXXVIII; della stessa redazione statutaria è disponibile anche una traduzione in volgare: *Gli Statuti della Città di Lucca nuovamente corretti et con molta diligenza stampati*, Lucca 1539).

⁴⁴ Cfr. *Lucensis civitatis...* cit., p. CCLXXIXr-CCLXXIXv, Cap. IIII, *De Iudicibus ad quos appellari debeat et quotiens appellari possint*.

⁴⁵ Appare con evidenza la scelta politica del comune di favorire la propria giurisdizione a scapito di quelle esterne alla città (feudali, ecclesiastiche, di altri comuni, etc.).

⁴⁶ *Lucensis civitatis...* cit., p. CCLXXIIIv.

venti capitoli dello statuto lucchese – è però un passo del capitolo dedicato ai termini per la proposizione delle domande:

«*De tempore infra quod debeat appellari, vel de nullitate dici. ...Et elapsis dictis decem diebus, si non fuerit appellatum vel de nullitate decendi adeo quod postea appellari, vel de nullitate dici, vel excipi non possit et de nullitate sententiae constaret ex actis, ita quod nec altior indago nec nova probatio super ipsa nullitate requirerentur, quo casu excipi possit. In aliis vero casibus elapsis dictis decem diebus sententia firma remaneat, et in rem iudicatam transisse intelligatur, et possit executioni mandari*»⁴⁷.

Al di là dei vizi più gravi, la sentenza non impugnata passa senz'altro in giudicato e i suoi eventuali vizi si intendono sanati. In questi casi l'invalidità non può essere fatta valere nemmeno in via di eccezione. Per quanto riguarda i motivi di nullità, ve n'è uno di una certa importanza⁴⁸: la mancanza del *consilium sapientis* nei casi in cui questo deve essere seguito⁴⁹. Alcuni vizi procedurali si possono, poi, considerare irrilevanti ai fini della validità della sentenza, per cui la caratteristica delle sentenze è quella della sanabilità dei vizi, trascorso il termine utile per impugnare. In alcuni casi, inoltre, lo statuto fissa dei limiti ulteriori e dei divieti alla proposizione dell'appello e della querela di nullità⁵⁰. Il quadro complessivo è assai interessante, testimone di una concezione dell'invalidità della sentenza come situazione sanabile, in cui è previsto l'utilizzo della *querela nullitatis*, a testimonianza dell'avvenuto passaggio entro la giurisdizione comunale dall'invalidità assoluta all'ordinaria sanabilità dei vizi delle sentenze.

⁴⁷ *Lucensis civitatis...* cit., p. CCLXXVIIIr.

⁴⁸ In generale cfr. G. ROSSI, *Consilium sapientis...* cit., in specie pp. 199-262; cfr. anche M. ASCHERI, *Le fonti e la flessibilità del diritto comune: il paradosso del consilium sapientis*, in *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, a c. M. ASCHERI-I. BAUMGÄRTNER-J. KIRSHNER, Berkeley 1999, pp. 11-53.

⁴⁹ *Lucensis civitatis...* cit., p. LII.

⁵⁰ «*De officio notariorum deputatorum ad custodiam librorum archivii seu camerae Lucensis civitatis. ... Et in tali condemnatione, banno, vel punitione non possit appellari, querelari, de nullitate dici, vel aliquis recursus haberi ad aliquem officialem lucensis communis, nec ad ipsos Dominos Antianos*» (*Lucensis civitatis...* cit., p. CLXVII).

Anche qui si può osservare la presenza di disposizioni caratterizzate da una certa precisione tecnica, frutto dell'opera di giuristi che prestano la loro opera a favore dei comuni⁵¹.

Gli statuti del comune di Arezzo del 1327 sono anch'essi rilevanti per quanto riguarda l'invalidità delle sentenze. La rubrica fondamentale è quella dedicata all'appello ed alla nullità, con un passo rivelatore della natura dell'impugnativa di nullità e del carattere sanabile dei vizi della sentenza non proposti nei termini per impugnare imposti dallo statuto:

«*De appellationibus et earum cognitione. Statutum est quod possit appellari a difinita sententia in civilibus questionibus de uno iudicem curie potestatis civitatis Aretii, et ab ipso potestate ad dominos Defensores vel eorum vicarium. Que appellatio debeat diffiniri infra quadraginta dies utiles a die sententie numerandos, alias prima sententia firma maneat. Et semel appellans non possit ulterius appellare, et idem modus servetur in alio qui a sententia lata super appellatione voluerit appellare. Et qui semel de nullitate egerit, non possit ulterius de nullitate agendo vel excipiendo proponere contra ipsam tertiam sententiam in iudicio proferendam vel aliam sententiam, que sequeretur ex ea super causa secunde appellationis. Et possit dici nulla sententia diffinita sive coram iudice, qui tulit eam vel coram alio iudice, sicut placuerit de nullitate agere volenti, qui similiter causa nullitatis infra dicta tempora debeat terminari; quod si factum non fuerit ipsa sententia maneat in roboris firmitate. Ipsa tamen tempora possint e consensu partium prorogari*»⁵².

⁵¹ In tal modo si realizza anche attraverso l'attività dei giuristi nell'ambito delle istituzioni comunali la diffusione a livello dello *ius proprium* dei principi e dello 'spirito' del diritto comune: per tutti, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969.

⁵² *Statuto di Arezzo (1327)*, a c. G. MARRI CAMERANI, Firenze 1946, p. 164. Per gli statuti del comune di Arezzo è vietato impugnare le sentenze interlocutorie: «Ab interlocutoriis vero non possit modo aliquo appellari vel de nullitate proponi» (*Statuto di Arezzo...* cit., p. 164).

⁵³ «Volumus etiam quod cause appellationum et nullitatum super tenuis et intensinis et super questionibus datiorum interpositorum infra viginti dies utiles debeant diffiniri a die pronuntiationis similiter computandos; aliter remaneant in sua roboris

Le parti possono modificare di comune accordo i termini per la conclusione della causa, mentre spetta al proponente la scelta del giudice a cui rivolgere la querela di nullità, potendo scegliere sia lo stesso giudice che ha pronunciato la decisione sia il giudice dell'appello. I procedimenti di nullità, specialmente per le cause di modesto valore, devono essere decisi in tempi brevissimi, dopo di che la sentenza deve essere eseguita⁵³. La concezione dell'azione di nullità come mezzo ordinario d'impugnazione della sentenza viziata è ormai un dato acquisito. Attraverso questo rimedio si crea una vera e propria categoria d'invalidità sanabile, accostabile all'odierna annullabilità⁵⁴. I redattori degli statuti dimostrano una buona sensibilità giuridica e percepiscono sfumature di situazioni e di concetti che la dottrina è in grado di precisare ulteriormente.

firmitate» (*Statuto di Arezzo...* cit., p. 165). Altre fattispecie significative sono anche ad Arezzo la norma che regola l'istituto del *Consilium sapientis* e quella relativa alla disciplina comune delle impugnative della sentenza e dell'arbitrato. La prima stabilisce la nullità non solo della sentenza, ma dell'intero procedimento quando sia omessa la richiesta del *consilium sapientis* obbligatorio: «*De sapienti consilii petitione. Quod si non fecerit, et ulterius processerit, processus sit ipso iure nullus*» (*Statuto di Arezzo...* cit., p. 91). La seconda afferma che appello e azione di nullità possano servire sia per impugnare una sentenza che un atto di composizione stragiudiziale della lite: «*De compromissis faciendis. A sententiis autem laudis, arbitriis, seu arbitramentis arbitrorum, seu arbitratorum si quis appellare voluerit, aut de nullitate dicere, aut reclamare, aut ad arbitrium Boni viri recurrere*» (*Statuto di Arezzo...* cit., p. 96). Oltre all'appello e alla nullità sono menzionati rimedi straordinari come il reclamo e il ricorso ad un ulteriore arbitrato di «secondo grado»: cfr. V. PIANO MORTARI, *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, pp. 895-899.

⁵⁴ Un passo di Baldo in materia processuale indica come in tale ambito si fossero ormai affermati la figura e il concetto dell'invalidità secondo le sue diverse sfumature e conseguenze: «*Iuxta hoc quaero, nunquid reductionis petitio ad arbitrium boni viri sit actio de nullitate, vel an sit actio de iniquitate et videtur quod sit actio de nullitate, quia compromissum tacitum habet conditionem si aequae fuit arbitratum. ... Ergo si est laudatum inique, deficit conditio compromissi: ergo deficit potestas arbitratoris: ergo laudum nullum ipso iure. ... Contrarium est verum, quod iste non est processus nullitatis, sed processus rescissorius iniquitatis, ex theoria ante dicta, quia tacita conditio non concernit laudum in substantia, sed in qualitate, et substantia est illa, quae dat esse rei, non qualitas: unde necessario sequitur laudum valere istud ergo iudicium reductionis, non est iudicium nullitatis*» (BALDO, *In primum, secundum et tertium libros Codicis Commentaria*, Venetiis 1577, in C. 2,55,3, p. 185r, n. 3); il passo è richiamato da L. MARTONE, *Arbiter...* cit., pp. 162-164.

Gli statuti del comune di Verona presentano una disposizione importante: si disciplinano appello e azione di nullità, indicando il termine entro cui possono essere proposti (dieci giorni) e quello entro cui la causa deve essere decisa (tre mesi)⁵⁵. Il regime della sentenza invalida è quello della non assolutezza, per cui il vizio della sentenza va fatto valere entro un termine tassativo, altrimenti la sentenza passa in giudicato. Anche in questo caso le parti possono prorogare il termine entro il quale deve essere decisa la causa, ma non quello di decadenza dell'azione di nullità, che è tassativo ed è assai breve: dieci giorni.

Anche nell'amplissimo *corpus* statutario del comune di Firenze non è assente la querela di nullità, spesso accostata all'appello:

«Contra processus, et sententias contra magnates vigore ordinamentorum iustitiae non possit appellari, vel de nullitate opponi... Non possit a tali inquisitione, processu, sententia vel praecepto, punimento, seve condemnatione appellari, seve de nullitate opponi, vel quomodolibet contradicere»⁵⁶.

Molte norme degli statuti fiorentini regolano le impugnazioni, dal consueto rimedio ordinario dell'appello alla *querela*

⁵⁵ «A quibus causis sit licitum appellare et a quibus non, et de supplicacionibus fiendis a sentenciis domini vicarii seu domini potestatis et earum instancia, et inter quantum tempus cause appellationum et nullitatum debeant terminari. ... Et quod aliqua sententia ultra quam semel non possit dici nulla, et quod infra decem dies sententia nulla dici debeat. ... Et omnes cause nullitatum et appellationum infra tres menses continuos finiantur nisi placita fuerint locata vel de parcium voluntate instance causarum, nullitatum et appellationum fuerint prorogate; alioquin prima sententia firma maneat» (*Statuti di Verona del 1327*, a c. S.A. BIANCHI-R. GRANUZZO, Roma 1992, pp. 343-344).

⁵⁶ *Statuta populi et comunis Florentiae publica auctoritate collecta castigata et praeposita anno salutis MCCCCXV*, Friburgi 1778, I, p. 485. La sentenza interlocutoria, al contrario, non si può impugnare né in via d'appello né in via di nullità: «*Quod non possit ab interlocutoria appellari. ... Et si appellari, vel de nullitate quoquomodo contingerit habeatur talis appellatio, vel nullitatis oppositio pro frustratoria et non recipiatur*» (*Statuta populi...* cit., I, p. 188). L'appellabilità delle decisioni interlocutorie e, analogamente, la loro attaccabilità per vizi di nullità è generalmente esclusa dalla civilistica, mentre è ammessa dai canonisti: A. LATTES, *Il procedimento sommario o plenario negli statuti*, in *Studi di diritto statutario*, Milano 1886, pp. 50-66.

nullitatis, fino ai rimedi straordinari: supplica, reclamo, *restitutio in integrum*; nello specifico, appello e nullità vengono disciplinate in maniera analoga in un'ampia rubrica di carattere generale, secondo cui il giudice della nullità è il capitano del popolo, la *querela nullitatis* va proposta nel breve termine di dieci giorni, dopo di che la sentenza passa in giudicato e deve essere portata ad esecuzione, anche se viziata⁵⁷. Prevale anche in questo caso l'esigenza di certezza delle sentenze, per cui il regime più conveniente d'invalidità è quello dell'annullabilità. Inoltre, la norma dello statuto fiorentino considera inutilizzabili in molti casi anche i rimedi straordinari trascorso un certo periodo di tempo dalla pronuncia della decisione; tutto ciò nonostante la contraria convinzione della dottrina⁵⁸. Si può notare (in un testo redatto da un giurista come Paolo di Castro) una certa razionalizzazione nella sistemazione della materia, per cui l'impugnativa di nullità è meglio delineata nella struttura e negli effetti, oltre che nella precisa distinzione operata fra nullità proposta in via principale ed *exceptio nullitatis*⁵⁹.

A Firenze si profilano complessivamente differenze sostanziali e analogie procedurali fra appello e nullità, nella prevalenza del regime della sanabilità dei vizi. Con gli statuti del 1415 la disciplina della *querela nullitatis* si stabilizza, in accordo pure con gli orientamenti della dottrina⁶⁰. In seguito, il diritto statutario

⁵⁷ «De appellationibus et nullitatibus et earum cognitione. ... Iudex primae appellationis sit et esse intelligatur capitaneus populi et Communis civitatis Florentiae, et ad eum possit et debeat appellari. Qui capitaneus sit iudex, cognitor et decisor causarum quaestionum, appellationum et nullitatum secundum modum et ordinem infra scriptum videlicet» (*Statuta populi...* cit., I, pp. 218-222).

⁵⁸ Ad esempio G. DURANTE, § *Quondam* (su cui cfr. *infra*, cap. VI *Speculum iuris cum Ioannes Andreae, Baldi de Ubaldis aliorumque praestantissimorum Iurisconsultorum Theorematis*, Venetiis 1576 e BARTOLO, *Commentaria in Secundam Codicis Partem*, Venetiis 1585, in C. 7,45,4 ed in C. 7,64,1).

⁵⁹ «De officio iudicum maleficiorum et de modo procedendi in criminalibus. ... Et si aliter fieret non valeat ipso iure dicta citatio. a que pronunciatione sic facta non possit appellare, vel de nullitate opponi, vel dici» (cfr. *Statuta populi...* cit., I, pp. 229-231, per l'intera rubrica).

⁶⁰ Significativa una testimonianza milanese del secolo XV in cui vengono dettagliatamente enunciati tutti i rimedi ordinari e straordinari elaborati dalla dottrina: «Et si

perde la sua forza derogatoria e si limita, per lo più, a riprodurre ciò che è consolidato nella tradizione cittadina, recependo anche le acquisizioni concettuali che la dottrina aveva elaborato parallelamente all'evoluzione degli statuti comunali.

La *querela nullitatis* è ormai diffusa nel secolo XIV e viene utilizzata nei grandi comuni così come nei piccoli. Di seguito si possono esaminare alcuni altri esempi a testimonianza della diffusione pressoché universale del nuovo modo di percepire le invalidità delle sentenze con l'individuazione di un tipico strumentario di mezzi d'impugnativa. Nella redazione cuneese del 1380 la *querela nullitatis* si affianca all'appello come rimedio ordinario contro le sentenze per i vizi considerati motivi di invalidità dagli statuti e dalla dottrina⁶¹.

Così, negli statuti di Bergamo del 1331 si trova la rubrica «De appellatione et sentenciis que nulle dicantur»⁶², in cui è previsto un termine tassativo di dieci giorni per impugnare la sen-

sententia fuerit confirmatoria ipsorum arbitramentorum in ea parte in qua fuerit conformis ipsis arbitramentis mitteatur exequutioni omnibus iuris remediis etiam per inductionem in possessionem, nec possit ulterius appellari, querelari, supplicari nec de nullitate agi, nec aliquo quoquomodo excipi, sed executio ipsa omnino fortiat effectum. Et si predicta omnia servata non fuerint prima arbitramenta firma remanent, et exequutioni mittantur ut supra» (*Statuta Mediolani cum appostillis carissimi viri iuriconsulti mediolanensis domini Catelliani Cottae in meliorem formam*, Mediolani 1552, p. 43); sull'evoluzione degli istituti processuali a Milano, si veda per tutti C. STORTI STORCHI, *Giudici e giuristi nelle riforme viscontee del processo civile per Milano (1330-1386)*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 47-187.

⁶¹ «Item statutum est quod vicarius vel iudex teneatur facere attendi et solvi omnes condemnationes et sententias olim factas de quibuslibet causis et que suo tempore fient de quibus requisitus fuerit, nisi fuerit legiptime appellatum vel de nullitate dictum» (*Corpus statutorum Communis Cunei*. 1380, a c. P. CAMILLA, Cuneo 1970, p. 62).

⁶² Il testo della rubrica è molto significativo: «Item statuerunt et ordinarunt quod quelibet appellatio, nullitas et in integrum restitutio in casibus et causis, in quibus licet appellari, nullam dicere vel restitutioni petere, secundum formam predictorum statutorum, interponi debeant infra decem dies a tempore scientie. Et interponens teneatur satisfacere vel paratus esse cum ydoneo fideiussore de expensis restituendis, arbitrio iudicantis. Et quod aliqua sententia vel pronuntiamentum attemptari vel suspendi non possint per unam et eandem partem nisi semel tantum» (*Lo statuto di Bergamo del 1331*, a c. C. STORTI STORCHI, Milano 1986, p. 92). In generale, cfr. C. STORTI STORCHI, *Diritto e istituzioni a Bergamo dal comune alla signoria*, Milano 1984.

tenza in via d'appello, per nullità e anche per la *restitutio in integrum*. Trascorso questo periodo di tempo, eventuali vizi della sentenza non fatti valere sono da intendersi sanati. Espresso è poi il riferimento al *consilium sapientis* e la nullità della pronuncia giudiziale che non tenga conto del parere richiesto⁶³. Sempre a Bergamo, lo statuto del 1353 contiene una disciplina più complessa e precisa della precedente, che equipara nel procedimento l'appello, l'impugnativa di nullità e la *restitutio in integrum*. Il termine per proporre l'impugnativa è fissato nei consueti dieci giorni e questa va proposta per pubblico *instrumentum*⁶⁴.

Anche gli statuti di Imola del 1334 contengono un richiamo significativo alle invalidità nel processo civile. Alle esigenze di corretto svolgimento del processo occorre in qualche caso rinunciare per motivi di ordine pubblico: le invalidità vengono considerate inoperanti, e le sentenze si intendono sanate, in circostanze previste dallo statuto⁶⁵: la rubrica offre un'indicazione dei

⁶³ «*De non inferendo penam vel gravamen alicui petenti sibi haberi consilium sapientum et de ipso consilio dando et habendo. ... Et si iudex vel officiales vel aliquis de dicto collegio, spreto ipso denunciamento partis, ut predictum est, procederet vel in preiudicium patris aliquid faceret, diffiniret vel innovaret in predictis, sit nullum ipso iure et facto, nec robur aliquod obtineat firmitatis*» (*Lo statuto di Bergamo...* cit., p. 91).

⁶⁴ *Lo statuto di Bergamo del 1353*, a c. G. FORGIARINI, *Introduzione* di C. STORTI STORCHI, Spoleto 1996, pp. 89-90. Significativamente la rubrica rimanda espressamente al diritto comune: «*De causis nullitatum et appellacionum et in integrum restitutionum. ... Et quod quelibet persona possit proponere et interponere nullitatem et appellacionem et in integrum restitutionem a qualibet sententia diffinitiva et nominacionem seu electionem et talliam, si et sicut alias potest de iure comuni, et ex causis, ex quibus et propter quas, proponi et interponi possunt de iure comuni et eciam secundum formam statutorum comunis Pergami, salvis infrascriptis*» (il riferimento è al divieto di proporre tali impugnative al di fuori del comune di Bergamo).

⁶⁵ «*Ut ratione nullitatis processus aliqui non tollantur. Ne delicta aliqua, modo aliquo possint impunita transire, statuimus quod nulla persona bannita vel condemnata seu que de cetero banniretur vel condemnaretur, vel que scripta erit in libris condemnationum et bannitorum communis Imole pro maleficio vel quasi, possit vel debeat eximi vel cancellari de condemnatione, banno, pretextu vel occasione alicuius nullitatis, que diceretur condemnationem nullam, val bannum nullum, processum nullum pretextu alicuius solemnitis obmisce vel aliquo de substantialibus commissio, tamen dum in ipso processu fuerit servatus modus et forma qui in superiori statuto tradita est sub rubrica 'De modo et forma procedendi super accusatione et de modo citandi'; et si ita servatus fuerit, volumus quod processus talis intelligatur rite solemn-*

più frequenti motivi di nullità della sentenza e dell'intero processo: «alicuius solemnitis obmissee», «aliquo de substantialibus commissio». In un altro passo, si accosta la nullità alla *restitutio in integrum*, disponendo che il giudice competente a conoscere l'impugnativa di nullità sia il giudice d'appello⁶⁶.

Si possono ricordare, ancora, le disposizioni di due importanti comuni emiliani, Parma e Piacenza e del comune di Treviso. Anzitutto Parma⁶⁷, nelle cui compilazioni trecentesche si trovano norme di un certo rilievo, con l'espressa menzione, accanto all'appello, della *querela nullitatis*⁶⁸, con l'indicazione della coesistenza dei rimedi dell'appello, della nullità e della *restitutio in integrum*⁶⁹: la finalità della norma è quella di velocizzare i pro-

ter cactus, et bannum, sententia condempnatio rite est solemniter facta, ita quod nullo modo valeat cancellari, seu nullo modo aliquo censi vel declarari possit, vel alias possit apponi [opponi] de nullitate contra processos predictos secundum iura et formam» (*Statuti di Imola del secolo XIV*, a c. S. GADDONI, Milano 1931, pp. 178-179).

⁶⁶ (*Statuti di Imola...* cit., pp. 116-117: «Statuimus quod si simpliciter sententia dicatur nulla, ipse idem iudex, qui tulit sententiam nullam compeens ad voluntatem eius, qui dixerit sententiam nullam possit cognoscere de nullitate, ita quod dicta causa nullitatis actatis dillationibus et restitutionibus et reiectis exceptionibus, que opponerentur ratione testium, qui dicerentur esse ultra mare vel in lingua provincie, vel peregrinatione, et aliis exceptionibus vel replicationibus per quas videretur impediri, vel prorogari processus, et que verisimiliter viderentur iudici opponi causa morande litis, ita quod eis auditis dicta causa non possit terminari infra dilationem dandam infra viginti dies iuridicos ex quo adversa pars fuerit omnimodo terminetur; et sive veniat ad contestandam litem adversarius, sive non possit procedi ad probationes et diffinitivam sententiam, ac si lis legitime fuisset contestata et adversarius comparuisset. Si vero restitutio petatur a minore vel maiore contra sententiam aliquam diffinitivam, procedatur, requisita parte adversa, ita quod a die requisitionis dicta restitutionis causa omni modo terminetur infra viginti dies, ut supra dictum est, in causa nullitatis simplicis, sive compareat adversarius, sive non, et hoc statutum sit precisum et valeat in preteritis, diffinitiva sententia non terminatis; in quibus viginti dies predicti currant a die publicationis presentis statuti et futuris».

⁶⁷ Riferimenti specifici alle disposizioni processuali degli statuti del comune parmense in U. SANTARELLI, *La gerarchia delle fonti secondo gli statuti emiliani e romagnoli*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XXXIII (1960), pp. 91-104.

⁶⁸ «A cujus syndici sentenciis, processibus, condempnacionibus appellari non possit, nec eciam possint dici nullae ipsae sentencie seu condempnaciones, sed prout latae fuerint et scriptae, valeant et tenent et executioni mandetur, omni cavillatione cessante» (*Statuta Communis Parmae anni MCCCXLVII*, Parma 1860, p. 115).

⁶⁹ «... Praedictus Potestas et officiales Communis Parmae et quilibet eorum te-

cessi per giungere celermente all'esecuzione della sentenza; per questo le impugnazioni hanno un termine breve, trascorso il quale la sentenza passa in giudicato e deve essere eseguita⁷⁰. Sono presenti, poi, specifiche cause di nullità della sentenza e dell'intero procedimento per omesso rispetto di formalità obbligatoriamente previste dallo statuto⁷¹.

Nello statuto di Piacenza è stabilito un termine di dieci giorni per proporre azione di nullità⁷², trascorso il quale la nullità decade sia in via principale sia in via di eccezione. Si configura anche qui la proposizione della nullità e dell'appello mediante lo stesso atto di citazione, con le stesse formalità e con un termine tassativo per concludere la causa: si possono qualificare le sentenze invalide come annullabili e i loro vizi sanabili⁷³.

Si può concludere questa rapida e limitata carrellata con lo statuto del comune di Treviso, che contiene – accanto alla disciplina della *querela nullitatis*⁷⁴ – una disposizione inconsueta circa la nullità della sentenza pronunciata su una causa di nullità:

neantur et debeant vinculo sacramenti et poena centum librarum imperialium pro quolibet eorum et qualibet vice sentencialiter terminare et execucionem mandare et observare et observari facere cum effectu quam velocius poterunt, omni appellacione, nullitate et in integrum restitutione cessantibus et remotis» (*Statuta Communis...* cit., p. 206).

⁷⁰ È assai significativo in proposito che tale disciplina sia dettata anche per la *restitutio*, che era considerata tradizionalmente un rimedio straordinario e sempre esperibile: sulla metamorfosi dell'istituto della *restitutio in integrum* nel medioevo si veda, in tal senso, L. RAGGI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 242-278.

⁷¹ *Statuta Communis...* cit., p. 209.

⁷² «*De modo et forma appellandi*. Et quicunque appellaverit ab alia sententia in casibus in quibus appellare licet teneatur et debeat in ipsa appellatione proponere si voluerit nullitatem infra tempus X dierum a iure datum ad appellandum. ... Et quo tempore X dierum elapso amplius non possit quis sententiam dicere nullam per modum agendi nec etiam excipiendi, nec appellare» (*Statuta varia civitatis Placentiae*, Parma 1860, p. 259-260).

⁷³ *Statuta varia...* cit., p. 260-261. La conclusione della rubrica è molto interessante: «Et quod sententia non possit dici nisi semel nulla si succubuerit ille qui dixerit semel nullam qui eam dixerit semel nullam» (p. 261). L'azione di nullità può essere proposta tassativamente una sola volta.

⁷⁴ *Gli statuti del comune di Treviso (sec. XII-XIV)*, a c. B. BETTO, Roma 1984, pp. 50-51: «*De nullitate sententie*. Decernimus quod nulla sententia possit dici nulla nisi

«*Eiusdem libri 'De nullitate sententie'*. Statuto, rubrica 'De nullitate sententie', addatur in fine – Quod sententia lata super causa nullitatis non possit dici nulla; et si dicta fuerit, dicens et nullitatem proponens nullatenus audiatur»⁷⁵.

La querela di nullità non opera sulla sentenza pronunciata per decidere una questione di nullità; a stretto rigore, infatti, il contenuto della decisione sulla nullità è molto particolare e la «sententia» ivi menzionata ha caratteri assai specifici, frutto di una impugnativa tipicissima e come tale non impugnabile per motivi di nullità.

Nel complesso, la frequenza e l'omogeneità delle soluzioni sull'invalidità della sentenza presenti negli statuti del Trecento e successivi è frutto di un lungo percorso, che, partendo dalle istanze del mondo comunale, ha indotto anche la dottrina a tenere e svolgere una posizione critica e autonoma, mentre era originariamente appiattita sulle fonti giustinianee. E proprio grazie all'opera dei giuristi (che offrono il contributo maggiore allo sviluppo generale dell'assetto delle invalidità della sentenza nel corso del medioevo) si precisano la struttura e gli effetti delle diverse impugnazioni della sentenza, che si vedono operanti nei comuni medievali, con una grande diffusione a livello locale. Si è realizzata, perciò, nel diritto comune una significativa integrazione fra diritto generale e *ius proprium*, nonché fra teoria e prassi, una sorta di processo circolare che, muovendo dalle fondazioni dottrinali viene innovato dagli statuti e – a sua volta – categorizzato e sistematizzato ancora dalla dottrina, fino a diventare patrimonio comune diffuso ad ogni livello nello *ius commune* europeo⁷⁶.

fuerit definitiva vel que totam terminet questionem seu que executionem secum trahat seu exauriat et absorbeat vires negotii principals. Et si quis voluerit aliquam sententiam dicere nullam, illam debeat dicere nullam infra decem dies a tempore late sententie».

⁷⁵ *Gli statuti del Comune di Treviso...* cit., p. 680: la disposizione è contenuta in un'aggiunta del 1315 proprio alla rubrica «De nullitate sententie».

⁷⁶ Sulla diffusione europea del processo romano-canonico e dei suoi istituti, cfr. ora per tutti N. PICARDI, *Giurisdizione...* cit., *passim*.

4. *Il punto di vista dei giuristi «statutari».*

Per integrare questa carrellata dedicata agli statuti comunali può essere utile riportare in estrema sintesi il punto di vista della dottrina specificamente statutaria.

In Alberto da Gandino il problema dell'emergere della querela di nullità è oggetto di alcuni passi della sua opera. In primo luogo egli affronta una complessa situazione con riferimento all'esecuzione di una sentenza podestarile in ordine all'obbligo di partecipare all'*exercitum*; la conclusione è ciò che interessa perché afferma chiaramente il principio che solo l'errore espresso vizia la sentenza:

«Et sententiam bene valuit, cum non fuerit error expressus in sententia, ut ff. de re iudicata, l. preses [C. 7,53,2]»⁷⁷.

Inoltre si fa riferimento espresso alla violazione dell'*ordo* come motivo di nullità della sentenza:

«Nam iudiciarius ordo ideo noscitur institutus ne innocentia adversantium pateret insidiis et ne culpa delinquentis sententiam effugeret iusti examinis, ut II. q. I. c. in manifesta [Grat. II 2,1,17] et C. de accusationibus l. fin. [C. 9,2,17], ergo nihil de ordine iudiciario est omittendum, ne alias lata sententiam contra solitum ordinem iudiciorum nullius foret momenti, ut C. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum l. prolatam [C. 7,45,4]»⁷⁸.

Nella stessa questione Alberto da Gandino prende posizione circa le eccezioni che impediscono il sorgere di una nuova

⁷⁷ A. DA GANDINO, *Quaestiones statutorum*, in *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, a c. A. SOLMI, Bologna 1901, Q. CI, p. 210. Alcune osservazioni generali in C. STORTI STORCHI, *Appunti in tema di «potestas condendi statuta»*, in «Annali dell'Istituto storico-germanico in Trento», 30 (1991), pp. 319-343.

⁷⁸ A. DA GANDINO *Tractatus de maleficiis*, in H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastick*, Berlin-Leipzig 1926, pp. 122-123. Interessante è il parallelo con un passo del Durante in materia: «Item sententia nulla est ratione processus: ut si est lata lite non contestata, vel omisso aliquo de hiis, quae sunt de substantia ordinis iudiciarii» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § *Quoniam*, n. 15).

lite su una causa già decisa. Sono tre: l'*exceptio rei iudicate*, l'*exceptio transactionis* e l'*exceptio prescriptis actionis*. Si noti che quest'ultima ha come durata il termine ordinario di trent'anni, per cui i vizi della sentenza (o almeno i più gravi) possono comunque farsi valere, seppur solo in via di eccezione e non di domanda principale, nell'ordinario termine di trent'anni. La spinta verso la piena sanabilità dei vizi della sentenza operata dalla legislazione comunale trova pur sempre nelle fonti e negli interpreti qualche freno e qualche possibile eccezione in vista di una maggiore garanzia delle parti e dell'equità sostanziale⁷⁹. Il giudice può perciò rilevare d'ufficio la nullità della sentenza e, rilevata la invalidità della sentenza, non deve procedere oltre:

«Item videmus, quod, quando sententia est ipso iure nulla, idem iudex pronuntiat ex eisdem actis tam in causis civilibus quam criminalibus, ut ff. de appellationibus l. si expressim [D. 49,1,19] et C. de accusationibus l. si accusatoribus [C. 9,2,4] et C. quomodo et quando l. si ut proponis [C. 7,43,5]. Dic, quod iudex ex dictis actis seu probationibus nil facere potest, ut supra dictum est in proxima questione, accusatio enim et omnia acta sunt abolita, prout notat Accursius C. si reus vel accusator mortuus fuerit l. ult. [C. 9,6,6 v. 'obisset']»⁸⁰.

Ancora di rilievo è l'impostazione di un'amplissima questione sulla perdita dei privilegi clericali per chi abbia abbandonato l'ordine religioso, in cui l'annullamento della sentenza è richiesto mediante l'atto di appello⁸¹. Un'ultima questione di grande interesse si presenta in un caso in cui viene concesso il rimedio della *restitutio in integrum* per far valere un vizio che ha

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione...* cit., pp. 179-184; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche...* cit., II, pp. 9-52.

⁸⁰ A. DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis...* cit., p. 224.

⁸¹ «Questio talis fuit Perusii. Pellolus filius Faculi clericus intravit ordinem sancti Augustini et ibi fuit professus; postea exivit ordinem, accepit uxorem, portavit arma et veste laicales et more laicorum vixit et percusserat quendam, de quo fuerat condemnatus; deinde commisit delictum de quo fuerat condemnatus in libras quingenti, a qua condemnatione fuit ad me appellatum. Queritur, an sententia debeat annullari ratione dicte professionis et clericatus?» (*Ibidem*, p. 241).

reso nulla la sentenza al di là degli ordinari termini di impugnazione della sentenza stessa. Si noti che tale soluzione è prevista espressamente per ragioni di equità sostanziale⁸². Nell'opera di Albeto da Gandino si può perciò cogliere il rilevante contributo offerto dagli statuti insieme al grande sforzo compiuto dalla dottrina giuridica, sia civilistica che canonistica, di creare un sistema coerente con le fonti, con le istanze provenienti dalla società comunale ed in armonia con le esigenze di equità e di garanzia a cui tutto il diritto si ispirava⁸³.

⁸² «*Sed quid si advocatus allegat falsam legem et iudex secundum illam legem sententiam tulit? Numquid irritabitur illa sententia? Videtur secundum opinionem domini Odofredi [D. 5,1,75 v. 'allegavit'], quod sic, si constiterit iudicem secutum allegationem illius false legis, quia allegatio false legis non debet adminiculum prestare cause, ut ff. de iudiciis l. si pretor § Marcellus [D. 5,1,75], ad instar sententie late ob falsos testes vel instrumenta, que sententia beneficio in integrum restitutionis retractatur, ut C. si ex falsis instrumentis per totum [C. 7,58]. Si enim sententia lata sit ob testes falsos vel instrumenta, tenet ipsa sententia, sed beneficio restitutionis in integrum retractatur, ut ff. de re iudicata l. divus [D. 42,1,33]. Idem dicas, si lata sit per dolum vel machinationem vel falsas allegationes, quia de rigore iuris tenet sententia, ut ff. ad Trebellianum l. servo § cum pretor [D. 36,1,67,2]. Sed de equitate datur restitutio ex clausula generali 'si qua iusta causa' etc., ut ff. quibus ex causis maiores l. I in fine et l. sed et si per pretorem in fine [D. 4,6,1 l. 26,9 'esse videbitur, in integrum restitutio'], et quod detur restitutio, facit ff. de in integrum restitutione l. divus § nec intra has solum [D. 4,1,7,1] et ff. de iudiciis l. si pretor § Marcellus [D. 5,1,75]. Fallit tamen minorum favore, quod ipso iure nulla sit sententia, ut C. si falsis allegationibus excusatus l. I et II [C. 5,63 l. 1 l. 2]. Itam fallit, quando per prevaricationem advocati fertur sententia, quia tunc ipso iure non tenet, ut C. de advocatis diversorum iudicum l. I [C. 2,7,1]. Vel dico, quod ibi datur restitutio maiori ex predicta clausula, sicut minori in predicto casu datur restitutio, ut ff. de minoribus l. minor autem magistratus § I [D. 4,4,18,1]» A. DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis...* cit., pp. 327-328. La concessione di rimedi straordinari da utilizzare per far valere ragioni di equità sostanziale è ampiamente presente nella dottrina del diritto comune. Cfr. per un'interessante esemplificazione N. SARTI, *Un'inedita «quaestio» azzoniana sulla restitutio in integrum del minore soccombente in possessorio*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXV (1992), pp. 107-141. In tema di corruzione del giudice è frequente, e da tutti accettata, la nullità della sentenza ed è dato acquisito che tale nullità possa essere fatta rilevare anche oltre i termini stabiliti per le ordinarie impugnazioni in via di eccezione o mediante rimedi straordinari: M. LUCCHESI, *Giustizia e corruzione...* cit., pp. 157-216.*

⁸³ Sulle integrazioni fra *ius comune* e *iura propria* in ambito processuale, si veda M. ASCHERI, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in «Quaderni storici», 101 (1999), pp. 355-387.

Si delinea un'integrazione feconda fra statuti e dottrina, di cui sapranno avvalersi in modo completo i commentatori del XIV secolo; si tratta, nella sostanza, dell'affronto di problemi comuni da diversi punti di vista. Gli statuti, riflettono, infatti, le esigenze della società comunale e legiferano in ambito di invalidità delle sentenze in una certa direzione di celerità dei processi e certezza dei giudicati⁸⁴. Tali istanze presenti nella normativa comunale, perché espresse da giuristi «colti», non possono non essere recepite in certo modo dalla dottrina, che non può essere considerata avulsa dal contesto sociale in cui si trova ad operare ed in cui spiccano per importanza anche le coeve elaborazioni canoniche; così, ad esempio, è lecito supporre che i compilatori degli statuti ed i giuristi dell'epoca abbiano costruito in varie tappe il rimedio della *querela nullitatis* e la conseguente nullità sanabile (o annullabilità) delle sentenze ben consci dell'esistenza di rimedi straordinari⁸⁵ che permettevano in ogni caso – quasi come ancora di salvataggio – di garantire in ogni caso la giustizia e l'equità sostanziale del giudicato⁸⁶.

In un sistema in cui tali rimedi non siano presenti è assai più forte la remora da vincere per considerare sanabili certi vizi della sentenza: si ha, infatti, il timore che situazioni inique divengano intoccabili. Il diritto comune, invece, con la sua elasticità e la sua attenzione all'*aequitas*, permette alla civiltà giuridica, sotto la spinta delle istanze provenienti anche dallo *ius proprium*, di compiere un salto in avanti nella costruzione di un sistema processuale più rapido ed efficiente, ma nel complesso equilibrato anche verso le istanze di giustizia esistenti. Tale opera sarà perfezionata dai giuristi trecenteschi (e da Bartolo in specie)⁸⁷.

⁸⁴ Quello dell'invalidità è un tema raffinato, in cui si afferma (anche a livello dello *ius proprium*) la capacità di riflessione di una scienza giuridica ben formata, che opera a diversi livelli della vita comunale.

⁸⁵ Elencazione precisa nella *Summa Aurea* dell'Ostense: ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, Venetiis 1579, rist. an. Torino 1963, II, *De sententia*, n. 8, coll. 774-775.

⁸⁶ Cfr. anche G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § Quoniam, n. 1, che elenca ben sette impugnazioni (fra ordinarie e straordinarie)

⁸⁷ In più si può notare come il diritto canonico (ancora oggi) consideri, al di là di ogni impugnazione ordinaria o straordinaria, sempre riformabile una sentenza che

Passando ora al punto conclusivo del percorso compiuto nel secolo XIV (in parallelo, dunque, con i maggiori statuti che sono stati presi in esame), si deve ricordare l'opera di uno dei giuristi più attenti al fenomeno comunale, Alberico da Rosciate, che sintetizza pure le diverse opinioni della dottrina coeva, iniziando dalla valutazione dell'azione di nullità nell'ambito dei rimedi approntati per impugnare le sentenze:

«Ipsa sententia rescindant remediis iuris, puta nullitatis, appellationis, restitutionis, vel alio modo ut ff. de iudiciis l. mortuo iudice [D. 5,1,60]»⁸⁸.

L'azione di nullità è uno dei rimedi previsti dall'ordinamento per caducare una sentenza, al pari dell'appello, della restituzione in intero e di altri rimedi. A differenza dell'appello, peraltro, la nullità può essere fatta valere anche in via di eccezione; lo si può osservare in un passo nel quale Alberico accosta il regime della sentenza nulla a quello del contratto e del giuramento:

«Nullitas sententiae, contractus vel iuramenti an petatur declarari per iudicem, et quo iure Bartolo in l. quae sub conditione § si de condi. insti. iudi. officium competit, cum petitur nulla pronunciari sententia vel processus ... Et ibi quod per viam exceptionis producat, et non probata potest de principaliter de novo deduci, et probata nullitas in exceptione non obstat agenti principaliter ad confirmationem sententiae»⁸⁹.

Alberico considera necessaria la proposizione dell'azione di nullità, anche se il giudice può, in certi casi, rilevare d'ufficio l'invalidità e dichiarare la nullità. Nello specifico della sentenza si delinea uno schema secondo cui questa si intende confermata

disponga sullo stato delle persone (materia che interessa direttamente la *salus animarum* del battezzato); cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 1643.

⁸⁸ A. DA ROSCIATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, Venetiis 1586, rist. an. Bologna 1979, ad C. 1,14,4.

⁸⁹ A. DA ROSCIATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1573, *Nullitas* p. 523.

una volta rigettata dal giudice la domanda di nullità, sia proposta in via principale che in via di eccezione⁹⁰.

In materia più specificamente statutaria, Alberico prende posizione su alcune delle questioni fondamentali sull'invalidità della sentenza che erano sorte nella vita comunale.

Anzitutto si può cogliere la posizione del giurista bergamasco sul problema della natura della *querela nullitatis* come azione volta ad una pronuncia dichiarativa oppure costitutiva dell'invalidità stessa; il passo del *De statutis* più rilevante in proposito è la questione LVI, in cui si precisa il trattamento delle sentenze considerate nulle a causa della violazione di obblighi procedurali⁹¹. Nella fattispecie presa in esame da Alberico uno statuto comunale dispone che le sentenze debbano essere pronunciate entro un termine tassativo di due mesi. Ci si domanda se le sentenze emanate dopo i due mesi siano valide o meno. Senza dubbio le sentenze sono invalide, ma se nessuno agisce per far valere il vizio della sentenza questa può considerarsi sanata e deve essere eseguita. Venuta meno l'azione per far rilevare l'invalidità viene meno anche lo scopo del divieto ed il vizio si può considerare sanato. Non si fa menzione del tipo di rimedio previsto per far valere tali invalidità; la conclusione propende, comunque, per l'uti-

⁹⁰ Alberico affronta il problema della sentenza nulla anche nei *Commentaria*, soprattutto con riferimento a D. 49,1,19 ed a C. 7,45,4 – C. 7,64,1-10. Nel complesso il pensiero di Alberico si avvicina a quello di Bartolo, anche se presenta una maggior disorganicità ed una minore originalità rispetto al giurista marchigiano. In questa sede, comunque, si tralascerà l'esame puntuale dei *Commentaria* per esaminare l'opera statutaria di Alberico. In generale, per tutti, cfr. C. STORTI STORCHI, *Prassi dottrina ed esperienza legislativa nell'«opus statutorum» di Alberico da Rosciate*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*, Milano 1979, pp. 437-489.

⁹¹ «Instantia finita pereunt acta quae sunt ad ordinationem causam. ... Si nos dicamus instantiam dictis tipibus finiri non videtur dubium, quod sententia sit nulla, quia finita instantia pereunt acta quae sunt ad ordinationem causae ut libellus, litis contestatio, sacramentum calumniae et similia, ut ff. iud. so. 1. I [D. 5,1,1] et ibi no et dixit C. de iud. l. properandum [C. 3,1,13]. Cum ergo talis sententia lata esset sine libello et lite contestatione et alio iuris ordine non subsistente nulla esset, ut C. de sent. l. prolatam [C. 7,45,4]» (A. DA ROSCIATE, *Commentariorum de statutis libri III*, in *Tractatus illustrium in iuraque tum pontificii, tum cesarei iuris facultate Iuriconsultorum*, Venetiis 1583, I, f. 10v., Q. LVI).

lizzo dei rimedi comuni e per la sanabilità delle sentenze viziate. La pronuncia del giudice in materia è, dunque, costitutiva dell'invalidità e non è una decisione di mero accertamento.

In secondo luogo, Alberico affronta il tema della validità o meno delle sentenze espressamente contrarie al tenore degli statuti (incluso il caso di sentenze che omettano l'obbligatorio riferimento al *consilium sapientis*). Si tratta di un problema assai dibattuto dalla dottrina precedente – ad esempio dal Gandino e da Guido da Suzzara –, che Alberico affronta nella questione XCIX; alla fine, pur distinguendo casi in cui la sentenza è valida ugualmente, egli propende per la soluzione dell'invalidità⁹²:

«... quod fiat ex consilio et tunc de necessitate videtur petendum et sequendum consilium, alias non valeat quod sit sine consilio»⁹³.

La sentenza contraria allo statuto è uno dei casi più frequenti, nel mondo comunale, di sentenza emanata *contra legem*, problema che – da un punto di vista generale – viene preso in esame da Alberico nella questione CXCV:

«Quid si sententia contra statutum vel consuetudinem civitatis nunquid est nulla ipso iure, sicut cum fert contra ius scriptum, videtur quod sic ut C. quando provocare non necesse est l. si cum [C. 7,64,2] in certo ubi de hoc dixi in fine ubi Cyno tenet, contrarium secundum Iacobum de Ravanis quia statuta et consuetudines cum in facto consistent, possunt probabiliter ignorari et pro hoc bene licet non alleget Extra de const. [X. 1,2] c. licet Romanus Pontifex li. 6 cum ibi non [Sextus I, 2,1]. Quod forte verum esset in iudice quod posset statuta probabiliter ignorare, sed esset iudex ordinarius civitatis qui statuta ignorare non bebet, quia turpe est cuique ignorare ius, in quo versatur ut. ff. de orig. iuris l. 2 § Servius autem Sulpitius [D. 1,2,2,43] tunc forte secus esset»⁹⁴.

⁹² Cfr. G. ROSSI, *Consilium sapientis...* cit., pp. 239-253; si veda anche S. MENZINGER, *Giuristi e politica...* cit., specialmente pp. 6-14 e pp. 331-337.

⁹³ A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., II, f. 39r, Q. XCIX.

⁹⁴ A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., II, f. 51v-52r, Q. CXCV.

Per Alberico il diritto cittadino deve essere considerato termine di riferimento dell'attività del giudice e la difformità della sentenza da tale parametro è causa di invalidità della pronuncia⁹⁵. La violazione del diritto cittadino e delle consuetudini locali (che non possono essere ignorati dai giudici) è equiparata da Alberico (in accordo con l'opinione di Cino da Pistoia, ma in disaccordo con il pensiero di Jacques de Revigny) alla violazione dello *ius generale*.

Infine Alberico prende in esame i rapporti fra *querela nullitatis* ed *exceptio nullitatis*, nell'ambito di una complessa questione sulla legittimità o meno delle norme statutarie che prevedevano l'impunità per chi avesse ucciso una persona colpita dal bando (problema già affrontato dal Gandino):

«Item querit ipse Gandinus si procurator banniti erat in causa coram Potestate, et dicebat bannum fore nullum ipso iure, an tali lite pendente bannitus possit impune occidi? Circa quod ipse ditinguit. Aut ipse procurator impugnabat bannum per viam appellationis, aut per viam nullitatem, aut alio modo. ... In contrarium multum facit quia exceptio nullitatis, ita impedit executionem, sicut est exceptio appellationis pendentes, ut ff. de re iudicata l. si cum nulla [D. 42,1,58] et Extra de offi. dele. c. pasto. [X. I,29,11] et ibi in Glossa magna. Si ergo exceptio nullitatis impedit executionem iudiciis, multo fortius executioni privati»⁹⁶.

Alberico considera il rimedio di nullità come rimedio autonomo dall'appello e dalle altre impugnative ordinarie e straordinarie; inoltre considera con nettezza l'effetto sospensivo dell'*exceptio nullitatis*. Trova, inoltre, menzione anche in Alberico da Rosciate l'invalidità della sentenza per errore manifesto, che è causa di nullità *ipso iure* della sentenza⁹⁷. L'espresso riferimento

⁹⁵ Altrettanto evidente la posizione di Alberico nella questione LXI del libro IV: «Sed possit opponi quodcumque videtur quia statutum prohiberi ratione fieri bannito, ergo contra legem factum non valet» (A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., IV, f. 75v. Q. LIX).

⁹⁶ A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., IV, f. 67r. Q. XXIII.

⁹⁷ «...an talis sententia lata in favorem banniti, possit dici ipso iure nulla an vero sit aliqua, et opus sit ab ea appellari. Et quod sit ipso iure nulla sic arguit. Primo quia

alla glossa è testimonianza di una linea interpretativa che si era già formata con i glossatori civilisti e canonisti e prosegue con i commentatori. Alberico, comunque, risolve le più scottanti problematiche statutarie, giungendo alle soglie del passo decisivo, che sarà poi esplicitato da Bartolo, con il liberarsi totalmente dal condizionamento delle fonti e fino al completo superamento della visione romana della nullità assoluta della sentenza e della sostanziale imprescrittibilità dell'azione.

La stretta correlazione ed integrazione fra dottrina e statuti (una sorta di «processo circolare» di reciproco e continuo condizionamento) trova nell'ambito del regime delle sentenze e del trattamento delle invalidità un punto di osservazione senza dubbio privilegiato e di un certo rilievo anche sistematico⁹⁸.

est lata contra statutum et sic nulla, ut C. de legi non dubium [C. 1,14,5]. Sententia continet errorem expressum, ut quia dixit condemno Titium debitorem Seij banniti, et tunc sententia sit ipso iure nulla» (A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., IV, f. 75v-76r, Q. LX). Menziona la nullità della sentenza, la *querela nullitatis* e l'*exceptio nullitatis* anche la già citata questione LIX (A. DA ROSCIATE, *Commentariorum...* cit., Q. LIX cit.).

⁹⁸ In generale, per tutti, si vedano: M. ASCHERI, *Il «dottore» e lo statuto: una difesa interessata*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXIX (1996), pp.95-113; M. BELLOMO, «*Ius Commune*», in «Rivista internazionale di diritto comune», 7 (1996), pp. 201-215; ID, *Condividendo, rispondendo, aggiungendo. Riflessioni intorno al «ius commune»*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 11 (2000), pp. 287-296; G.S. PENE VIDARI, *Censimento ed edizione...* cit., pp. 261-288 ed U. SANTARELLI, *Ius commune e iura propria: strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, in *Studi in meoria di M.E. Viora*, Roma 1990, pp. 635-647 (pubblicato pure in «Rivista di storia del diritto italiano», LXII (1989), pp. 417-428). Da ultimo, cfr. G.S. PENE VIDARI, *Introduzione*, in *Statuta Communis Bugelle*, Torino 2009, pp. XIX-XXI.

CAPITOLO SESTO

LA CLASSIFICAZIONE DELLE INVALIDITÀ DELLE SENTENZE E IL LORO ASSETTO DA TANCREDI ALLO *SPECULUM* DEL DURANTE¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Da Tancredi allo *Speculum* del Durante. – 3. Verso il superamento della concezione tradizionale.

1. Premessa.

Giunti a questo punto, può essere utile riprendere alcuni passaggi, al fine di valutare lo sviluppo delle classificazioni dei motivi d'invalidità della sentenza e il loro assetto generale, a par-

¹ In sintesi, A. COSTA, *La nullità della sentenza...* cit., pp. 238-241 ed A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 167-171. Sulla personalità di Guglielmo Durante e sulla sua opera, può essere utile richiamare di seguito alcune note essenziali. Guglielmo Durante (Guillaume Durand) nacque nel quarto decennio del secolo XIII e studiò a Bologna (dove fu allievo di Bernardo da Parma); fu eletto vescovo di Mende prima e decano di Chartres poi; trascorse gran parte della sua vita in Italia, con lunghi periodi di permanenza a Roma ed a Bologna. Oltre allo *Speculum* le sue opere più importanti sono il *Repertorium aureum super toto corpore iuris canonici* e il *Rationale divinorum officiorum*. Morì nel 1296. Cfr. J. GAUDEMET, *Durand Guillaume*, in *Dizionario biografico degli italiani*, (42), Roma 1993, pp. 82-87. Le due redazioni dello *Speculum* risalgono la prima ad un periodo immediatamente successivo al 1271, la seconda ad uno precedente al 1291. L'opera del Durante ebbe oltre quaranta edizioni a stampa a cavallo dei secoli XV e XVII. La gran parte delle edizioni dell'opera riporta le *additiones* compiute allo *Speculum* nel secolo XIV da Giovanni d'Andrea e da Baldo degli Ubaldi, a testimonianza della diffusione dell'opera durantea, utilizzata come base di partenza dai massimi commentatori sia civilisti sia canonisti: qualche notizia in L. SORRENTI, *Testimonianze di Giovanni d'Andrea sulle 'Quaestiones' civilistiche*, Catania 1980, pp. 5-38. Si sono utilizzate le due seguenti edizioni dello *Speculum* (i passi citati sono riportati secondo la prima delle due): G. DURANTE, *Speculum iuris cum Ioannes Andreae, Baldi de Ubaldis aliorumque praestantissimorum Iurisconsultorum Theorema-*

tire dall'elaborazione degli *ordines iudicarii*². Si affronteranno, perciò, di seguito, i dati più importanti emergenti fino allo *Speculum* del Durante, con particolare attenzione ad alcune ulteriori testimonianze canonistiche e provenienti anche dagli *ordines iudicarii*³. Come già rilevato in linea generale, nella canonistica, ol-

tibus, Venetiis (apud Haereditas Vincentii Valgrisi) 1576; ID., *Speculum cum rerum selectiorum repertorio, summariis, simul et notis sanequam elegantibus Ioan. Andreae Bonon., Baldi de Ubaldi Perusini, compluriumque iurisperitorum, ex ipsorum autographis descriptis*, Venetiis 1566; per la verifica di alcuni passi si è fatto riferimento anche ai manoscritti dello *Speculum* Vat. Lat. 2628 e Barb. Lat. 1454 conservati presso la Biblioteca Apostolica Vaticana.

² Il riferimento è specialmente agli *ordines iudicarii*, pubblicati a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX dal Gross e dal Wahrmund, procedendo ad una verifica dettagliata nei testi risalenti ai secc. XII e XIII, contenuti in: *Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, a c. C. GROSS, Innsbruck 1870 e *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter*, I-II-III-IV, a c. L. WAHRMUND, rist. Aalen 1962. I dati di maggior rilievo sono contenuti nell'*ordo iudiciarius* di Aegidius de Fuscariis, risalente al 1250 circa, in cui si parla di impugnazione di nullità: «In appellatione supra dixi sententiam nullam propter duo. Habet enim appellans duas vias contra sententiam; una videlicet nullitatis et de nullitate sententiae et viam iniquitatis sententiae poterit ostendere. In primo articulo pronuntiabitur nulla, non autem cassabitur, quia quod nullum est cassari non potest. Si vero reperiatur iniqua, tunc cassabitur pro eo, quod erat aliqua, Extra, ut lite non contestata, c. accedens (X. II.6.2). Et est simile in sententia excommunicationis. Cum est iusta, peto absolvi; si autem est nulla, tunc non est necessaria absolutio, immo denunciandus sum non ligatus, Extra, de officio delegati, c. cum contingat (X. I.29.36) et Extra, de sententia excommunicationis, c. per tuas (X. V.39.40)» (AEGIDIUS DE FUSCARIIS, *Ordo iudiciarius*, in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, a c. L. WAHRMUND, III, rist. Aalen 1962, p. 132). Si tratta di una concezione dell'invalidità ancora molto legata alla tradizione romanistica – e distante dalla *querela nullitatis* statutaria – della nullità assoluta e insanabile della sentenza; c'è, però, già qualche segnale della nuova mentalità che stava avanzando anche nella dottrina. Di un certo interesse, in alcune di queste compilazioni, è l'elencazione di vari motivi d'invalidità, citati, peraltro, senza parlare dei rimedi previsti per farli valere. In generale sugli *Ordines iudicarii* cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius, Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt am Main 1984. Si tornerà su tale argomento. Sui rapporti fra invalidità e appello in queste opere, si veda L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii und libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Louvain 1994, pp. 47-49.

³ L'inserimento fra i canonisti del Durante appare naturalmente arbitrario, poiché – come è noto – la sua opera più importante (lo *Speculum iudiciale*) costituisce una sintesi complessiva del diritto del tempo e del processo romano-canonico, senza distinzione fra le fonti civilistiche e canonistiche utilizzate. Resta, peraltro, la formazione propriamente ecclesiastica della personalità del Durante e la sua preminente attività

tre alle indicazioni sulla sanabilità dei vizi della sentenza già presente in Graziano⁴, permane pur sempre l'opinione che considera rilevabili senza limite la gran parte dei vizi della sentenza⁵. Addirittura – volgendosi ad un caso limite – si ritiene attaccabile, in caso di pericolo per la *salus animarum*, anche la sentenza valida passata in giudicato⁶. I canonisti, inoltre, costruiscono gran parte delle distinzioni sull'invalidità della sentenza intorno al problema della notorietà dei vizi: il regime delle invalidità è, infatti, diverso se il vizio appare con evidenza oppure no⁷. La svolta decisiva per il riconoscimento del principio della sanabilità dei vizi della sentenza è, comunque, da attribuirsi in ambito canonistico – in seguito – all'opera dell'Ostiense: su questo punto – su cui la storiografia è ormai concorde – si tornerà in seguito⁸.

come vescovo, canonista e funzionario della curia romana; aderisce in ogni caso alla qualificazione canonistica dell'opera del Durante, E. CORTESE, *Le grandi linee...* cit., pp. 361-363.

⁴ R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 49-50: «L'emergere, in Graziano, della tendenza sia a circoscrivere, nella sentenza di scomunica i vizi idonei di per sé – indipendentemente da qualsiasi impugnativa – a rendere giuridicamente inesistente la stessa, sia ad individuare altri vizi, che vengono ritenuti come titoli alla esperibilità di un mezzo che sarà denominato querela, sembra arrecare un contributo decisivo alla spiegazione della radice storica del fenomeno in parola. La suddetta tendenza, difatti, lascia intravedere, a nostro avviso, i primi segni del superamento, seppure parziale, del concetto romano della nullità come assoluta inesistenza della sentenza. Dal varco lasciato aperto da siffatta impostazione, legata, come abbiamo sottolineato, a motivi di ordine spirituale, si svilupperà – lo vediamo ora con sufficiente chiarezza – la *querela nullitatis*».

⁵ Cfr. *supra*, cap. IV.

⁶ Lo dice con chiarezza Bernardo da Pavia: «Item si infra X dies, post latam sententiam de matrimonio, appellatum non fuerit, post tamen, adhuc sententia revocari potest, propterea, quia ibi priculum animae vertitur, ut colligitur ex C. XXXV, q. 9» (BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, cit., p. 58). Si tratta di una propensione a non considerare nulla di assolutamente definitivo, all'opposto dell'esigenza di rapida certezza del mondo comunale e mercantile.

⁷ Sul punto, cfr. in generale, C. GHISALBERTI, *La teoria del notorio...* cit., pp. 403-451 e R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Torino 1965.

⁸ Per un quadro complessivo, si vedano: A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 120-138; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 185-189. In generale, sulla sentenza nulla nella storia del diritto canonico, si vedano: F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 79 ss.; H. EWERS, *Die Nichtigkeitbeschwerde in dem kanonischen Prozessrecht*, München 1952, pp. 1-12; S. PŁODZIEN, *Querela nullitatis as a*

2. *Da Tancredi allo Speculum del Durante.*

Il principale modello di riferimento nella trattatistica processuale può essere individuato nell'*ordo iudiciarius* del bolognese Tancredi (risalente alla seconda o alla terza decade del secolo XIII)⁹. Questa classificazione, riprendendo l'impostazione inaugurata da Piacentino, è abbastanza semplice e mira a distinguere le diverse cause d'invalidità prendendo in esame i vizi di forma e quelli legati all'ingiustizia ed all'iniustizia della decisione:

«Quae sententia sit ipso iure nulla. Dictum est supra in titulo proximo, quod ex sententia ius fit inter partes, etiam si lata sit contra ius litigatoris, et quod pretextu instrumentorum postea repertorum non retractatur. Ne quis crederet, quamlibet sententiam talem habere auctoritatem, consequenter, quae sententia ipso iure nulla sit, ostendamus, ut cognitis sententiarum vitiis, evitent iudices inutiles proferre sententias, et advocati sciant invalidas sententias reprobare. Et quidem sententia nulla est aliquando ratione litigantium, quandoque ex persona iudicis, quandoque ratione iurisdictionis, interdum vitio sui ipsius, interdum vero ex causis exterioribus»¹⁰.

Al di là delle indicazioni in ordine al regime delle sentenze invalide presenti in questo passo come in altri di Tancredi (oltre

means of review against judgements in canon law, Lublin 1959 ed E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza...* cit., *passim*. Giova ricordare anche l'osservazione di Antonio Padua Schioppa, con riferimento ai civilisti, che il punto di svolta fra i glossatori si ebbe con Azzone, che recepisce espressamente il principio della convalida delle sentenze invalide «anche se un lungo cammino sarà necessario perché esso venga accolto pacificamente nel processo romano canonico» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 45-47).

⁹ Sull'opera di Tancredi si vedano, per tutti: L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum...* cit., pp. 128-130; ID., *Ordines iudicarii...* cit., pp. 46-48 e 56-57; G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. II. Dalle scuole d'oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano 1994, p. 177-178.

¹⁰ TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, in F. BERGMANN, *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Gottingae 1842, p. 276. Tancredi fa seguire al titolo dedicato alle sentenze nulle *ipso iure* (pp. 276-280) un titolo *Quo remedio valida sententia sublevetur* (pp. 281-285): stesso schema si ritroverà in Durante ai § 8 *Iuxta* e § 9 *Quoniam* del libro II, partic. III dello *Speculum*, dedicati rispettivamente alle sentenze nulle ed alle impugnazioni delle sentenze valide.

all'esplicazione successiva dei diversi motivi di invalidità), basti rilevare la consonanza di impostazione proprio con il Durante (che probabilmente «copia» da Tancredi...) e notare come si tratti di un tentativo riuscito di ordinare e rendere comprensibile per tutti gli operatori del diritto la complessa materia delle invalidità della sentenza¹¹.

Si tratta di una classificazione precisa ed equilibrata della congerie di fattispecie d'invalidità, che le primissime opere bolognesi avevano reperito nelle fonti giustiniane, senza preoccuparsi di ordinarle e di differenziarle nella valutazione giuridica¹²; gli autori degli *ordines iudicarii* precedenti a Tancredi avevano, invece, salvo qualche eccezione, trascurato la materia dell'invalidità della sentenza¹³. Tancredi mette l'accento soprattutto sulle invalidità delle sentenze contrarie allo *ius scriptum* e contenenti un errore espresso¹⁴, concetti che si troveranno sviluppati in tutta la dottrina giuridica successiva¹⁵.

¹¹ Dialogo interessante si può pure instaurare con due opere che talvolta accompagnano nelle edizioni a stampa cinquecentesche lo *Speculum* duranteo; si tratta della *Margarita* di Alberto Galeotti e delle *Cavillationes* di Giovanni di Dio. In tali opere è presente una casistica approfondita (in linea con i casi individuati dal Durante) di sentenze invalide, ma manca una classificazione puntuale come nello *Speculum* o nelle opere di Piacentino, Azzone e Tancredi già richiamate. Cfr. A. GALEOTTI, *Aurea ac pene divina et vere Margarita*, pp. 152-155 e GIOVANNI DI DIO, *Cavillationes*, pp. 98-110 editi in appendice al III tomo dello *Speculum* nell'edizione veneziana del 1566.

¹² Si possono rilevare tali elementi, ad esempio, nei passi editi di Irnerio, di Bulgaro, nel *Liber pauperum* di Vacario, così come in Giovanni Bassiano; cfr. *supra*, cap. III.

¹³ Lo testimonia l'analisi delle opere processualistiche editate dal Wahrmund, l'*ordo* edito dal Gross (*Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, ed. C. GROSS, Innsbruck 1870) o l'ancora più antico *ordo* di Ivo di Chartres (cfr. A.O. GOMEZ, *L'ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, cit., pp. 59-145). Qualche indicazione si trova, invece, nel trattato *Superest videre* della fine del secolo XII, edito da Antonio Padoa Schioppa: cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 241-244, e nell'*ordo* di Egidio Foscarari (che è però successivo a Tancredi), AEGIDIUS DE FUSCARIIS, *Ordo Iudiciarius*, ed. L. WAHRMUD, *Quellen zur Geschichte...* cit., p. 132).

¹⁴ «... Vel si continet in se expressum errorem, non valet. ut X. 3 de sent. excomm. 5, 21. c per tuas. 14. et Dig. quae sent. sine appell. resc. poss. 49, 8. l. 1. (§. 1.) Item si contra ius scriptum lata est, non valet. ut C. 2. q.6. §. diffinitiva. (c. 44. p. 8. §. 5.)» (TANCREDI, *op. cit.*, p. 279).

¹⁵ Cfr. specialmente P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 152-172.

Nel periodo di passaggio fra l'*ordo* di Tancredi e l'opera del Durante si susseguono numerose compilazioni di natura processuale senza che – peraltro – nessuna venga ad imporsi né per importanza né per originalità per quanto riguarda la materia delle invalidità della sentenza e delle classificazioni dei motivi d'invalidità¹⁶.

Anche nello *Speculum* di Guglielmo Durante¹⁷ si possono rilevare, accanto a soluzioni «tradizionali», alcuni tratti della nuova impostazione¹⁸, che caratterizzerà pure, in una mirabile sintesi fra tradizione romanistica e istanze statutarie, la successiva opera di Bartolo¹⁹. Nello *Speculum* si fa una chiara enunciazione dei motivi d'invalidità in un passo assai noto, che tutta la dottrina successiva

¹⁶ Lo si può rilevare da un sommario esame degli *ordines iudicarii* a suo tempo editi da L. Wahrmund (cfr. *supra*, nota 2); ugualmente priva di riferimenti di rilievo alle invalidità risulta essere anche l'opera edita dal Bergmann ed attribuita al giurista Gratia Aretino (*Gratiae Aretini summa de iudiciario ordine*, in F. BERGMANN, *Pillii, Tancredi...* cit., pp. 317-384).

¹⁷ Sintetizza il pensiero dello *Speculator* sull'invalidità della sentenza già il classico studio di A. SKEDL, *Die Nichtigkeitbeschwerde...* cit., pp. 130-135.

¹⁸ A. COSTA, *La nullità della sentenza...* cit., pp. 238-241.

¹⁹ Anche il Durante considera la diffusa prassi di utilizzare l'appello per far rilevare la nullità della sentenza, anche se di per sé l'utilizzo di tale rimedio non è considerato necessario: «Appellans a sententia, quae nulla est, non prosequente appellatorem, an sententia validetur» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § 8 *Iuxta*, n. 25-26). A proposito dell'appello proposto contro una sentenza nulla *ipso iure*, Guglielmo Durante scrive: «In iudice autem appellationis not. quod triplex est eius officium. Primo, ut confirmet, vel infirmet priorem sententiam: quod intellige, quando in causa appellationis nihil novi proponitur, et unicus tantum est articulus Si vero plures sint articuli, potest in uno infirmare, et in alio confirmare. Secundo debet emendare, vel corrigere sic ut potest. Tertio debet pronunciare, primam sententiam iniustam ... Ubi autem appellatum est a sententia, quae ipso iure non valet, iudex pronunciabit appellationem iniustam, inserta causa: quod dic, ut non C. quando provoc. necesse non est l. 1 [C. 7,64,1]» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § *Qualiter*, n. 24-25). Quando si è proceduto con l'appello contro una sentenza nulla di pieno diritto, si è utilizzato un mezzo di ricorso non corretto: il giudice d'appello, però dovrà specificare tale situazione, altrimenti la sentenza potrebbe avere una tacita convalida attraverso una pronuncia sul merito in appello. Ciò è, invece, quello che si vuole evitare: la sentenza invalida *ipso iure*, non può essere convalidata. Il pensiero del Durante è aperto alle nuove problematiche portate dal mondo comunale, ma molto legato alle opinioni tradizionali e all'impostazione canonistica classica.

riprenderà ampiamente²⁰; inoltre il Durante si sofferma sul regime di questa invalidità venendo a distinguere fra sentenze relativamente nulle e sentenze nulle di pieno diritto, «ipso iure». La nullità *ipso iure*²¹ si può far valere senza limiti di tempo sia in via

²⁰ «Nulla dicatur sententia multis modis: scilicet ratione iudicis, ratione iurisdictionis, ratione litigatorum, ratione loci, ratione temporis, ratione causae, ratione qualitatis, ratione modi, ratione processus, ratione manifeste iniquitatis» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § *Iuxta*, n.1). Si noti in proposito come l'ultimo motivo di nullità si riferisca espressamente al merito del giudicato e cioè all'attività giudicante del magistrato; è proprio Guglielmo Durante ad offrire l'esplicitazione della portata di tale vizio, considerato anche dallo *Speculator* assai importante e con un valore quasi residuale: «Item est nulla ratione manifestae iniquitatis, puta si contineat in se expressum errorem. Vel si contra ius scriptum, canonicum, vel divinum, vel civile feratur. Et sententia contra ius scriptum lata non convalet, licet non sit appellatione suspensa» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., loc. cit., n. 22). Vizio irrimediabilmente la sentenza tutte le violazioni del diritto scritto, ed in molti casi anche le violazioni delle consuetudini, ivi comprese le violazioni statutarie: cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche...* cit., I, pp. 23-32. Risente, invece, di un'impostazione secondo cui solo gli errori di procedura davano luogo alla nullità lo studio del Salvioli: G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., pp. 553-625, criticato in questo da Ugo Nicolini (cfr. U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., p. 110). Ancora a proposito dei motivi di nullità, Piero Calamandrei osserva che un'enunciazione generale è assente negli statuti comunali, a meno dell'eccezione degli statuti cinquecenteschi genovesi (*Rub de sententiarum firmitate* (Lib. III, cap. 1), che enumera sette casi di nullità: «In generale, gli statuti e la legislazione canonica si limitarono soltanto a stabilire caso per caso che la inosservanza di certe disposizioni rendesse nulla la sentenza, aggiungendo così delle nuove specie di nullità, che potevano farsi rientrare in qualunque delle categorie già fissate dal diritto romano. Ad una classificazione dei motivi di nullità procedettero invece i giuristi» (P. CALAMANDREI, *La Cassazione...* cit., pp. 152-153). Di rilievo, è senz'altro il passo del Durante, che nel definire la manifesta (cioè notoria) iniquità della sentenza amplia le cause d'invalidità oltre ai vizi *in procedendo* (G. DURANTE, *Speculum...* cit., § *Iuxta*, cit., n. 22). L'impostazione della fondamentale opera di Piero Calamandrei poggia proprio sulla contrapposizione fra *errores in iudicando* (appello) ed *errores in procedendo* (*querela nullitatis*): qualche precisazione critica in merito si trova nel profilo di G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei...* cit., pp. 3-30. Di un certo rilievo risulta anche la distinzione – sempre proposta dal Calamandrei – fra diritto di impugnativa e diritto di gravame. La *querela nullitatis*, ha comunque, anche in questo caso bolognese, sia effetto devolutivo che sospensivo. (P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 138-140). Secondo la lettura di Calamandrei, l'*actio nullitatis*, costruita dalla dottrina coeva non aveva, invece, né effetto sospensivo né devolutivo. Sull'efficacia del giudicato si veda, per tutti, L. MUSSELLI, *Il concetto di giudicato...* cit., in specie pp. 49-102.

²¹ «Ubertus dicit quod si sciens sententiam nullam, scienter appellat, tunc eam confirmat alias non, ff. de iudici l. 2 in prin. [D. 5,1,2]. Vel verius aut est nulla ipso

principale sia in via di eccezione, mentre per le altre invalidità vige un regime meno rigoroso: è possibile, infatti, la convalida ed è possibile ottenere la dichiarazione d'invalidità anche mediante la semplice proposizione di una eccezione²². Resta chiaro che certi vizi – al di là persino dei casi espressamente enunciati – non si sanano, o hanno termini di prescrizione molto lunghi²³, fatte salve le consuetudini e gli usi locali; in questo modo sono salvaguardate diverse esigenze, comprese quelle recepite anche dagli statuti comunali, come già si è potuto osservare²⁴.

Nelle soluzioni dello *Speculator* c'è dunque una comprensione della nuova impostazione – che si distanzia dall'equiva-

iure, et tunc non confirmatur aut quoquomodo tenet, sed potest per exceptionem annullari et tunc confirmatur seu approbatur» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., § 8 *Iuxta*, n. 27).

²² Il Durante distingue fra il caso di espressa convalida mediante pronuncia del giudice e convalida tacita generata dal semplice trascorrere del tempo: «Sed quid si a sententia, quae nulla est, de facto appellaretur, et iudex appellationis eam confirmat, nunquid adhuc poterit dici nulla? Et videtur quod non, quasi alius sit effectus, si confirmetur expresse, et alius, si temporis transcurso, vel tacite» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., *loc. cit.*, n. 23). Si può vedere come lo *Speculum* riprenda una linea inaugurata già negli *ordines*, come – ad esempio – in quello di Riccardo Anglico, della prima metà del secolo XIII: «*De appellationibus*. Appellatio est ad maiorem iudicem facta proclamatio; vel appellatio est iniqua vel suspectae sententiae datae vel dandae protestatio. Appellatio quandoque necessaria, quandoque superflua, quandoque prohibita. Necessaria est appellatio, quoties ipso iure tenet sententia, nisi fuerit appellatum. Superflua, quando ipso iure nulla sententia est. Prohibita est multis modis: puta si absens contumax appellaverit» (RICCARDO ANGLICO, *Ordo iudiciarius*, a c. C. WITTE, Halis 1853, pp. 46-47); va osservato che l'*ordo iuris* in questione riprende – a sua volta – i passaggi essenziali della trattazione civilistica sull'appello e sull'invalidità, senza recepire peraltro ancora del tutto la 'svolta' di Azzone.

²³ «Est etiam et aliis sententia nulla, ut Infra de appellationibus § 2 ver. 18. In Summa not. quod cum sententia dicitur ipso iure nulla, sine temporis praefinitione tractari potest, nisi loci vel fori consuetudo aliud inducat, C. ad l. Corn. de fal. sicut [C. 9,22,17], Extra de procur. [X. 1,38,4] in nostra in si quod intellige I. usque ad XXX vel XL annos, secundum ea, quae notat infra § prox vers. in Summa et sequenti. Item de hoc postest contra eam perpetuo excipi, si ex ea agatur, arg. ff. de except. doli [D. 44,4], vel pure § sin. nam omnes exceptiones perpetuae sunt, praeterquam exceptio non numeratae pecuniae et non numeratae dotis quae dic ut supra de except. § 1 versi anomaliae. Si vero sententia petitur rescindi per in integrum restitutione» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., *loc. cit.*, n. 30).

²⁴ Cfr. *supra*, cap. V.

lenza della nullità con l'inesistenza – anche se non si rileva la disciplina specifica della *querela nullitatis*. Nello *Speculum* la gran parte dei vizi rende, infatti, la sentenza annullabile e pertanto convalidabile, ma restano ancora assai diffuse le fattispecie d'invalidità assoluta, rilevabili *in perpetuum*²⁵. Come già ricordato, la dottrina si salda qui con le più importanti testimonianze statutarie della fine del secolo XIII e del XIV, indicando una linea di sviluppo condivisa fra *ius commune* e *iura propria*, nonché fra dottrina e prassi, che comporta nel complesso uno sviluppo importante della materia delle invalidità delle sentenze.

La canonistica, proprio per queste situazioni, ha elaborato una serie di rimedi straordinari da utilizzarsi perpetuamente in tutti casi di *periculum animae*; ad esempio, ne fa una pregevole sintesi il passo seguente dell'Ostiense:

«*Quo remedio sententia retractetur. Et quidem per querelam falsi. ... Secundo, per restitutionem in integrum. Tertio per supplicationem. ... Quarto, per simplicem petitionem in casibus illis, in quibus iudex potest suam sententiam retractare. ... Quinto per petitionem solennem. ... Sexto, non tamen retractatur, quia ipso iure pronunciant in multis casibus. ... Septimo, per appellationem infra decem dies factam*»²⁶.

In questa impostazione – generalmente condivisa dalla dottrina – compaiono sia i rimedi ordinari sia quelli straordinari; non si fa espressa menzione di un rimedio di nullità, ma si può ritenere che esso rientri genericamente fra le «petitiones». Va osservato, inoltre, che nel seguito del passo riportato, l'Ostiense distingue le sentenze in tre categorie: nella prima si collocano le decisioni che non passano mai in giudicato (perché portano un *periculum animae*); nella seconda si possono trovare quelle che passano in giudicato trascorso il termine ordinario per proporre appello; nella terza, infine, ci sono le sentenze che passano in

²⁵ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 147-164. «Et not. quod cum sententia dicitur nulla ipso iure, sine temporis praefinitione retractari potest» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., II, partic. III, § *Quoniam*, n. 2).

²⁶ ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, cit., II, *De sententia*, n. 8, coll. 774-775.

giudicato, pur risultando aperta la strada per quanto riguarda la possibilità di far valere eventuali vizi mediante i rimedi straordinari imprescrittibili: si tratta di un passaggio importante, paragonabile per la sua portata innovativa alla 'svolta' di Azzone²⁷.

Tornando ora a riprendere, più nello specifico, il discorso delle classificazioni proposto dal Durante, può essere opportuno richiamare ancora una volta il significato del termine *sententia*, così come emerge nello *Speculum*. Il passo più chiaro è significativo è il seguente:

«§ Sententia est iudicialis diffinitio controversiae finem imponens, condemnationem vel absolutionem continens, ut probatur inf. § prox. ... Quae autem differentiae sit inter sententiam et rem iudicatam, no. ff. de re iud. l. 1 [D. 42,1,1], C. de appell. litigatoribus [C. 7,62,14]»²⁸.

La formulazione del Durante resterà come patrimonio dell'intera dottrina per secoli. L'intento definitorio – in linea generale – non esaurisce comunque mai lo sforzo compiuto dal Du-

²⁷ Cfr. *supra*, cap. III.

²⁸ G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. II, partic. III, § *Sententia*, p. 780; il passo è tratto quasi letteralmente dall'*Ordo iudiciarius* di Tancredi («Est autem sententia proprie iudicialis diffinitio, quae controversiae finem ponit pronuntiatione iudicis, condemnationem vel absolutionem continens. ut Dig. de re iud. 42, 1 l.1», TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, cit., pp. 268-273); come Tancredi, anche Guglielmo Durante precisa fin da subito due ambiti d'importanti distinzioni concettuali. Quella fra sentenza definitiva ed interlocutoria e quella fra sentenza e cosa giudicata. L'interlocutoria «est semiplena sententia, quae profertur inter principium causam et finem, non super principali, sed super incidentibus questionibus vel emergentibus, puta super libello offerendo vel corrigendo, vel danda dilatione seu deneganda, et similibus» (TANCREDI, *op. cit.*, p. 268). La cosa giudicata è, invece, il dispositivo della sentenza reso inattaccabile dai mezzi ordinari di gravame trascorsi i termini per appellare (cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile...* cit., pp. 762-770: Giovanni Pugliese fa notare che il Durante, come già il Tancredi ed i canonisti in genere, provveda a differenziare i concetti di sentenza e cosa giudicata, mentre per la civilistica duecentesca venivano considerati pressoché sinonimi. Con Bartolo la posizione del Durante diventerà opinione comune a tutti). In tema si veda pure E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*, Camerino 1921, in specie pp. 34-69. «Species autem iudicialis sententiae sunt quatuor: scilicet interlocutoria, diffinitiva, praeceptum et mulcta; est et quinta scilicet sententia dispensationis; haec tamen non semper est iudicialis» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., *loc. cit.*, § *Species*, n. 1).

rante nello *Speculum* e non ne rappresenta la caratteristica più significativa, ma l'analisi degli schemi classificatori e delle definizioni presenti nella parte dell'opera dedicata alla sentenza ed alla sua invalidità costituisce un buon punto di partenza per inoltrarsi nella visione del giurista in ordine alle patologie delle decisioni giudiziali²⁹.

In linea generale, le classificazioni e le definizioni durantee, di per sé abbastanza semplici, saranno riprese per secoli dai processualisti³⁰ ed anche recepite dalle legislazioni statutarie comunali³¹, a testimonianza anche qui dell'autorevolezza dell'opera del Durante³². Egli trae la maggior parte dei suoi argomenti dalla tradizione giuridica precedente ed ha il merito di ordinare tutto il materiale raccolto permettendone un'ampia diffusione³³. A ben vedere la classificazione del Durante non è particolarmente originale né molto innovativa. Egli si pone nel solco di una tradizione ormai consolidata ed abbastanza risalente³⁴, che proprio il Durante assimila e precisa, apportando qualche interessante modificazione all'impianto originario³⁵.

²⁹ Riflessioni di rilievo sul punto in: A. GIULIANI, *L'elemento 'giuridico' nella logica medioevale*, in «Jus. Rivista di scienze giuridiche», XV (1964), pp. 163-190 e N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 24-30.

³⁰ Così ad esempio il giurista Sebastiano Vanzio, autore nel Cinquecento di un trattatello sulle nullità processuali: cfr. S. VANZIO, *Tractatus de nullitatibus...* cit.

³¹ L'enunciazione dei motivi di nullità contenuta, ad esempio, negli statuti di Genova del 1587 rispecchia quella del Durante (cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 152-153).

³² L. FALLETTI, *Guillaume Durand*, in *Dictionnaire de droit canonique*, V, Paris 1953, coll. 1050-1053.

³³ L. FALLETTI, *op. cit.*, coll. 1034-1046.

³⁴ Il noto giudizio di Piero Calamandrei secondo il quale i giuristi medievali vedono il nuovo che emerge nella prassi processuale, ma non comprendendolo appieno cercano di imbrigliarlo negli schemi giustinianeî, si deve – per il Durante – sfumare di molto: cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 147-151.

³⁵ In ogni modo mi pare di potere rilevare che sia la classificazione proposta dal Piacentino nella glossa al VII libro del *Codex* e ripresa nella stessa sede, spesso letteralmente, anche da Azzone (come già messo in evidenza, cfr. *supra*, cap. V) sia quelle di Tancredi e del Durante siano assai indicative, ma non certo esaustive. Esse mirano a mettere ordine ed a rendere comprensibili le molte cause di invalidità, che si erano sedimentate nelle fonti giustiniane o nella prassi processuale medievale, senza riuscire

Anche la *Summa aurea* dell'Ostiense contiene una classificazione delle sentenze invalide assai interessante: il maestro, infatti, classifica esplicitamente le decisioni invalide *ipso iure* in cinque categorie molto ampie (trattate in passi diversi del titolo dedicato alle sentenze), mentre in altri ambiti affronta fattispecie d'invalidità singole e particolari. Le cause generali d'invalidità sono: *ratione litigantium*³⁶, *ratione iudicis*, *ratione auctoritatis alterius sententiae*, *ratione temporis*, *ratione prolationis*³⁷. Secondo alcuni studiosi, come Arthur Skedl, l'Ostiense è fra i giuristi duecenteschi il più innovatore nell'individuare esplicitamente accanto alle sentenze nulle *ipso iure* una autonoma 'categoria' di sentenze an-

(o senza volere) comunque ordinarle tutte. Il Durante inserirà specificamente un richiamo a quelle ulteriori fattispecie d'invalidità che non hanno trovato posto nella sua pur articolata classificazione. Come già richiamato, la glossa ordinaria, in merito, non brilla per originalità: Accursio richiama la classificazione di Azzone, con alcune osservazioni di rilievo: ACCURSIO, gl. 'Solitum iudiciorum ordinem', ad C. 7,45,4, cit. Nello stesso contesto il maestro bolognese precisa l'estensione delle invalidità 'formali': in altre sedi saranno esplicitate le fattispecie di invalidità derivanti da altre cause (come, ad esempio, nelle gl. 'Palam est', ad C. 7,64,2 e gl. 'Si expressim', ad D. 49,1,19, già menzionate, *supra*, nel cap. V). Lo stesso Tancredi è esplicito in proposito: «His modis omnibus iudicatur sententia nulla, et quibusdam aliis, in superiori proximo titulo comprehensis, quos lector discretus de facili poterit comprehendere» (TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, cit., p. 280). Il Piacentino, invece, cerca di limitare i casi di nullità a quelli espressamente menzionati nelle sette categorie individuate «Exponamus quae sententiae non valeant, et sic per consequentiam poterimus intelligere quae debeant valere», ma nel seguito della trattazione dedicata alle sentenze individua altre fattispecie d'invalidità *ipso iure*: cfr. PIACENTINO, *Summa codicis*, cit., *loc. cit.*, ad tit. LXVI, p. 360. Si può dire, dunque, che anche in Piacentino si abbia una completezza nell'indicazione delle categorie, ma un sistema aperto per quanto riguarda le singole fattispecie. Una classificazione dei motivi d'invalidità della sentenza manca, invece, nelle opere di Alberto da Gandino (giurista attento soprattutto ai problemi emergenti dal diritto statuario e pressoché coevo del Durante): si veda in proposito, in generale, H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus...* cit., *passim* ed A. SOLMI, *Alberto da Gandino e il diritto statuario nella giurisprudenza del secolo XIII*, in *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, pp. 341-413, già in «Rivista italiana per le scienze giuridiche» (1901); cfr. anche *supra*, cap. V.

³⁶ Sul ruolo delle parti in giudizio, cfr. C. STORTI STORCHI, «*Aequalitas servanda est in iudiciis*». Il principio dell'uguaglianza delle parti nel processo del diritto comune classico, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 2 (1991), pp. 376-399.

³⁷ ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, cit., II, *De sententia*, § *Iusta* e § *Qualiter proferri debet*, coll. 757-759 e coll. 764-770.

nullabili, caratterizzate da un regime di sanabilità dei vizi e di limitata impugnabilità³⁸.

Guglielmo Durante segue nello *Speculum* questa impostazione nella classificazione delle nullità della sentenza, mostrando di esserne interprete fecondo ed autorevole: egli mette a frutto gli sviluppi della dottrina successiva a Tancredi, così come si avvale degli insegnamenti di un maestro come l'Ostiense³⁹. Il Durante approda così ad uno sviluppo dello schema di Tancredi fino a prevedere ben dieci categorie di nullità *ipso iure* nel passo loro specificamente dedicato. A questa classificazione segue poi l'elenco dei rimedi esperibili per rimuovere le sentenze considerate valide, ma viziate o inopportune (§ 9 *Quoniam*)⁴⁰.

«Iuxta propositionis seriem videndum restat de sententiae impugnatione, super quo scias quod quandoque sententia est nulla ipso iure, ut iam dicam, quandoque vero annullando ... Nulla autem dicitur sententia multis modis: ratione iudicis, ratione iurisdictionis, ratione litigatorum, ratione loci, ratione temporis, ratione causae, ratione quantitatis, ratione modi, ratione processus, ratione manifestae iniquitatis»⁴¹.

³⁸ «In ordinario autem distinguitur, utrum sententia sua annullanda sit, et sic idem quod in (de)legato, vel nulla ipso iure, et tunc ipsemet, vel successor suus sententiam suam poterit retractare» (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, cit., *De sententia*, add. n. 2, col. 749 § *Diffinitiva*.); cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 125-131. Su tale passaggio di decisiva importanza si tornerà in sede di considerazioni conclusive.

³⁹ La *Summa Aurea* dell'Ostiense contiene una classificazione delle sentenze nulle assai interessante: il maestro, infatti classifica esplicitamente le decisioni invalide *ipso iure* in cinque categorie molto ampie (trattati in passi diversi del titolo dedicato alle sentenze), mentre in altri ambiti affronta fattispecie di invalidità singole e particolari. Le cause generali di invalidità sono: *Ratione litigantium*, *Ratione iudicis*, *Ratione auctoritatis alterius sententiae*, *Ratione temporis*, *Ratione prolationis* (ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, cit., *De Sententia*, § *Iusta* e § *Qualiter*). L'Ostiense è fra i giuristi duecenteschi il più innovatore nell'individuare esplicitamente accanto alle sentenze nulle *ipso iure* una serie di sentenze annullabili: «In ordinario autem distinguitur, utrum sententia sua annullanda sit, et sic idem quod in (de)legato, vel nulla ipso iure, et tunc ipsemet, vel successor suus sententiam suam poterit retractare» (ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, cit., *De sententia*, add. n. 2, § *Diffinitiva* col. 749); cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde...* cit., pp. 125-131.

⁴⁰ Cfr. *infra*, cap. VII.

⁴¹ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 799, § *Iuxta* n. 1. Il testo, trascritto dall'edi-

La classificazione del Durante, dopo avere distinto fra sentenze nulle *ipso iure* e sentenze annullabili (o impugnabili)⁴², distingue ulteriormente le invalidità assolute in ben dieci categorie. Sono ricomprese tutte quelle già individuate da Tancredi, ma da esse se ne creano pure di nuove; ad esempio, dall'ampia e troppo generale categoria di invalidità *ex causis exterioribus*⁴³ il Durante trae le invalidità *ratione loci* e *ratione temporis*. Originale nella sua esposizione è, invece, la categoria di nullità *ratione manifestae iniquitatis* (solo adombrata dal passo di Tancredi sulle invalidità delle sentenze viziate per contrarietà al diritto scritto e contenenti errore espresso e riconoscibile)⁴⁴.

Senza esaminare puntualmente le diverse fattispecie individuate dallo *Speculator*⁴⁵, resta in ogni caso aperto un interrogativo di carattere generale, già emerso nell'analisi delle classificazioni precedenti a quella durantea: le diverse categorie dei motivi

zione del 1576 corrisponde al testo dell'edizione del 1566. Le categorie di sentenze invalide *ipso iure* individuate dal Durante sono dunque dieci: *Ratione iudicis-Ratione iurisdictionis-Ratione litigatorum-Ratione loci-Ratione temporis-Ratione causae-Ratione quantitatis-Ratione modi-Ratione processus-Ratione manifestae iniquitatis*.

⁴² Occorrerà ritornare su questa fondamentale distinzione. Per ora va rilevato che da un punto di vista meramente teorico e concettuale le invalidità vere e proprie sono quelle *ipso iure*; per le altre il giudizio dovrà essere necessariamente più sfumato. La sovrapposizione dell'impugnabilità e dell'annullabilità, pone, infatti qualche problema di carattere sistematico e concettuale, su cui cfr. *infra*, cap. VII. Considerazioni importanti in P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 192-202. Il Durante sembra qui ispirarsi alla distinzione fra sentenze nulle *ipso iure* ed *annullandae* introdotta dall'Ostiense. Si vedrà poi come il Durante intenda per «annullabilità» la situazione d'impugnabilità, anche se non mancano nello *Speculum* casi di sentenze propriamente annullabili.

⁴³ TANCREDI, *Ordo iudicarius*, cit., pp. 279-280.

⁴⁴ La categoria non trova esplicito riconoscimento né in Piacentino, né in Azzone, mentre trova spazio fra i canonisti, e qualche accenno propone la glossa ordinaria. Lo rileva però Accursio nella in «Sed dic quod si expresse contra formam iuris iudicat, ut si pronunciet minorem 14 annis testari posse, ipso iure non tenet sententia» (gl. 'Palam est' ad C. 7,64,2). Per i canonisti esempio nella *Summa Decretalium* di Bernardo da Pavia: «Retractatur tamen nonnunquam etiam sine appellatione, puta si est per falsos testes vel falsa instrumenta iudex circumventus...; similiter si lata fuerit die feriato, nisi ex consensu partium; item si lata fuerit contra ius scriptum vel contra res prius iudicatas, a quibus non erat appellatum» (BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, cit., p. 58).

⁴⁵ Il che è stato già proposto analiticamente in M. ROSBOCH, *Le invalidità della sentenza...* cit., pp. 201-242, a cui mi permetto di rinviare.

d'invalidità presenti nello *Speculum* possono dirsi complete ed esaustive? Coprono, cioè, tutti i casi d'invalidità, rappresentando in tal modo una serie tipica, un *numerus clausus*? Una risposta netta è assai difficile: si può affermare, peraltro, con una certa sicurezza, che altre categorie sono difficilmente ipotizzabili (nella costruzione più semplificata di Tancredi il giudizio va senz'altro rovesciato); pertanto l'elencazione delle fattispecie d'invalidità della sentenza proposta dal Durante non è da ritenersi esaustiva, ma piuttosto esemplificativa.

Per chiarire la portata delle dieci categorie di sentenze invalide *ipso iure* il Durante prende in esame nell'ambito di ciascuna categoria alcune fattispecie particolarmente interessanti e frequenti nella prassi processuale; inoltre si trovano in altri passi dello *Speculum* indicazioni di altre fattispecie di sentenza nulla *ipso iure*, non contemplati nelle esemplificazioni del § *Iuxta*, ma classificabili senza difficoltà all'interno di una delle dieci categorie individuate. Lo stesso Durante lo dice espressamente proprio al termine del medesimo § *Iuxta*, prevedendo l'ipotesi di ulteriori fattispecie d'invalidità previste dalla legislazione particolare o dalla prassi consolidata dei tribunali⁴⁶. Va però notato che anche le nullità *ipso iure* della sentenza non contemplate nella trattazione del § *Iuxta* possono rientrare facilmente in qualcuna delle dieci categorie individuate, per cui si può ritenere che per Guglielmo Durante il sistema delle categorie è completo (anche se non proprio «chiuso» in senso stretto), mentre quello delle situazioni invalidanti è aperto e tendenzialmente illimitato⁴⁷. In

⁴⁶ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 806, § *Iuxta* n. 30: «Et etiam et aliis modis sententia nulla, ut infra de appe. § 2. ver. 18 [p. 838, n. 18]»; cfr. *infra*, par. 3. Cfr. ancora P. SELLA, *Il procedimento civile...* cit., pp. 139-165, con qualche riferimento oltre che ai testi statutari pure alla posizione della dottrina.

⁴⁷ Si veda la trattazione del Durante delle nullità della sentenza di scomunica: G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. III, partic. III, pp. 520-521. Secondo il Durante la sentenza di scomunica non è una sentenza vera e propria: «Excommunicatio autem vel Interdictum improprie dicitur sententia, quia potius punit, quam causae finem imponat» (*Speculum...* cit., p. 780, § *Sententiam* n. 1); il passo è preso letteralmente dall'*Ordo* di Tancredi: «Excommunicatio autem vel interdictum improprie dicitur senten-

questo senso anche le invalidità determinate dalla legislazione particolare o dalla prassi potranno essere riconsiderate entro le categorie individuate dalla dottrina⁴⁸.

Quelle invalidità che non si riusciranno a far rientrare nelle categorie previste non vi sono comprese perché non è opportuno inserirle in tale contesto: sono costruite, cioè, come invalidità «affievolite» (annullabilità) o come semplici situazioni di impugnabilità, da distinguersi in questi casi (mentre in molti altri le due figure restano indistinte ed i relativi concetti confusi) dalla vera e propria invalidità sanabile (annullabilità)⁴⁹.

tia, quoniam potius punit, quam finem causae imponat» (TANCREDI, *Ordo iudicarius*, cit., p. 268).

⁴⁸ Piero Calamandrei ritiene che i glossatori forzarono entro le categorie romanistiche di nullità della sentenza tutte le nullità che trovarono negli statuti o nelle consuetudini; Durante si è spinto in realtà molto oltre, creando un sistema di classificazione più articolato di quello tradizionale romano e ricomprendendo in questa nuova griglia le nuove invalidità: P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 147-148.

⁴⁹ Può essere opportuno in questa sede precisare un aspetto di rilievo dell'evoluzione dei diversi fenomeni legati alle invalidità processuali. La tradizionale storiografia vede nell'istituto della *querela nullitatis* il concreto affermarsi nella prassi e nella dottrina del principio della sanabilità dei vizi della sentenza e, di conseguenza, l'avvento della sentenza annullabile come tipica fra le sentenze invalide. Occorre, però, precisare che i fenomeni, se pure legati, non sono però coincidenti. Una cosa è, infatti, l'affermazione dell'istituto della *querela nullitatis*, che a partire dalla prassi statutaria e giurisprudenziale giunge ad essere recepito anche dalla dottrina, altra cosa è la costruzione, opera della dottrina, di un concetto chiaro di sentenza annullabile. I due fenomeni, si condizionano a vicenda, ma la loro piena affermazione è collocabile nell'epoca successiva a quella dei glossatori e dei postaccursiani; è, questo, uno dei frutti maturi del diritto medievale che ha condizionato lo sviluppo successivo e di conseguenza il diritto attuale. Fra gli autori attenti a tali indagini risente dell'indistinzione nell'analisi dei due fenomeni, Ugo Nicolini, quando scrive che: «Il concetto di nullità della sentenza era già dunque stato sostituito, come ora in diritto moderno, da quello di impugnabilità, non ostante che a questo proposito il Durante scriva «quod nullum est amplius annullari vel rumpi non potest» (*Speculum*, pars 3, tit. *De Appellat.*, § *Ante omnia*, ver. *Quod si unus*). Ciò non vuol dire che, secondo la dottrina intermedia, unica fosse la strada attraverso cui si poteva giungere a far dichiarare nulla o a far riformare la sentenza. ... La *querela nullitatis* – così si ritiene generalmente – ha avuto origine dall'incontro del concetto del diritto romano col diritto germanico e precisamente dall'incontro del concetto romano di assoluta inesistenza della sentenza *contra ius constitutionis* e del concetto longobardo di validità formale di ogni sentenza non *blasphemata* (o «disapprovata»). ... Al tempo del rinascimento del diritto romano in Italia,

Nel complesso, la costruzione del Durante, ampia, molto articolata, ma equilibrata, è di grande importanza nel percorso evolutivo del processo romano-canonico, senza cadere né nella genericità precedente, né nell'esasperata casistica successiva⁵⁰. Se anche è un abbozzo di «sistema» (beninteso non in senso tecnico moderno) con qualche lato oscuro o nodo irrisolto (primo fra tutti l'ambigua confusione fra annullamento ed impugnazioni)⁵¹,

scrive Piero Calamandrei, tale incontro si compiva» (U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 355-356). Coglie, invece, con maggiore completezza ed equilibrio i diversi problemi, Antonio Padoa Schioppa: «L'esame ora compiuto ha messo in luce le vie attraverso le quali i glossatori giunsero a formulare o a giustificare, su alcuni punti di particolare importanza, la scelta tra la tesi della validità e quella della nullità della sentenza. Nel caso della validità, le conseguenze di tale scelta sul regime delle impugnazioni erano evidenti: dopo la 'rinascita' dell'appello, questo era ormai il mezzo normale e ordinario riconosciuto al soccombente. Meno chiare ed univoche erano invece le conseguenze nel caso della nullità: tra la disciplina del diritto antico – imperniata sul principio fondamentale che la nullità potesse farsi valere senza limiti di tempo e senza la necessità di un'apposita impugnazione – e quella del diritto comune nella sua fase matura – allorché nella dottrina si era ormai affermato l'istituto della 'querela nullitatis', rimedio autonomo e prescrivibile per far dichiarare la nullità della sentenza – quale fu la posizione assunta dalla glossa? ... Il principio della convalida di una sentenza nulla è dunque presente, in forma esplicita, fin dalle origini della scuola bolognese, anche se un lungo cammino sarà necessario perché esso venga accolto pacificamente nel processo romano-canonico. ... Ciò non deve, tuttavia indurre a ritenere già pienamente formata nel pensiero della glossa la 'querela nullitatis' elaborata dal tardo diritto comune in stretta correlazione con la legislazione statutaria» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 43-52).

⁵⁰ Celebre è l'opera di settecentesca del De Franchinis che vede nella ricerca della nullità (cresciute in modo incontrollato ed incontrollabile nella dottrina e nella giurisprudenza nel corso dei secoli) il miglior modo per evitare o allontanare nel tempo una sentenza di condanna: F. DE FRANCHINIS, *Praxis criminalis nullitatum...* cit., *passim*. Il rigido sistema attuale delle preclusioni e delle perenzioni dei motivi di invalidità sorge, credo, come reazione dei codici agli abusi ormai intollerabili dei motivi di invalidità dell'età del tardo diritto comune.

⁵¹ Cfr. A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili...* cit., pp. 8-13: egli insiste sui diversi piani in cui operano nel processo attuale l'ingiustizia e l'invalidità; un piano prelegislativo la prima, tecnico giuridico la seconda. È evidente che una tale valutazione non aiuta ad operare la distinzione fra impugnazione ed invalidità nel contesto individuato dalla dottrina, in cui non è possibile scindere così nettamente come nell'attuale diritto processuale il piano tecnico da quello prelegislativo della giustizia. Anzi, la commistione fra giustizia e tecnica è una delle note più interessanti dell'*ordo* medievale, in contrapposto con lo stretto positivismo dell'attuale sistema processuale.

esso offre la possibilità di cogliere la situazione delle invalidità giudiziali in un'epoca come quella del Durante che, mettendo a frutto il grande sforzo ricostruttivo ed interpretativo dei glossatori, apre la strada alle mirabili sintesi del secolo successivo⁵². Sintesi (come quelle di Bartolo, Baldo o Giovanni d'Andrea) che utilizzano in larga misura il pregevole lavoro di raccolta e di organizzazione della dottrina precedente, tra cui spicca la compilazione del Durante, alla cui opera attingeranno per lungo tempo direttamente non solo i *doctores*, ma pure i pratici ed i diversi operatori del diritto (avvocati, notai, etc.).

3. *Verso il superamento della concezione tradizionale.*

In conclusione occorre rilevare, da un lato, la differenza fra decretisti e decretalisti (mancando nei primi un intento sistematico) e rilevare – da un altro punto di vista – che il contributo più originale ed essenziale della canonistica è il forte legame fra invalidità ed ingiustizia⁵³: attraverso tale preoccupazione la dottrina contribuisce a superare l'indistinzione concettuale propria della romanistica (e pure dei civilisti fino ad Azzone) appiattita sull'identità fra nullità ed insistenza, venendo a scalfire tale monolite proprio introducendo il criterio della *iustitia* come componente

Si può, pertanto, azzardare che la confusione fra impugnazione ed annullabilità porti alla costruzione dei giuristi del primo periodo del diritto comune aspetti di confusione ed ambiguità, ma che sia, al contempo, per molti versi inevitabile il pratico intersecarsi dei due profili.

⁵² Senza dimenticare, peraltro, il contributo fecondo offerto dalla Scuola di Orleans allo sviluppo del tema, contributo non adeguatamente indagato dalla storiografia. Esemplificativamente si può fare riferimento alla *Lectura* di Jacques de Révigny: IACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super Codice*, [adscripta Petro de Bellapertica], Parrhisiis 1519, rist. an. Bologna 1967, ad C. 7,45,4 l. *Prolatam*, fo. CCCLIII v. e C. 7,46,1 l. *Cum iudicem*, fo. CCCLVI r.

⁵³ Ad esempio, in Graziano si «parla di ingiustizia del provvedimento del giudice ricomprendendola nel concetto più generale di *viciū sententiae* ed identificandola, per certi aspetti con l'*irrationabilitas quoad causam, animum, ordinem*» (A. BETTINI, *La restituito in integrum...* cit., p. 79).

essenziale della decisione⁵⁴. Tutto ciò è reperibile in via definitiva nell'elaborazione dei maggiori canonisti (su tutti l'Ostiense).

Nella sintesi del Durante, accanto ad indicazioni di chiara innovazione, permangono alcuni lasciti della tradizionale linea 'monista', frutto soprattutto della sussunzione nello *Speculum* di alcune posizioni dei civilisti e della più risalente tradizione di derivazione canonistica⁵⁵. Su questo punto, anche grazie ai passi compiuti a partire dallo *Speculum*, la dottrina (in specie canonistica) perverrà ad un assetto più moderno e compiuto nel periodo successivo, come testimonia (facendo menzione espressa dell'opera durantea) un passo attribuito al Panormitano:

«*Quae sententia transit in rem iudicatam et quae non. Advertendum tamen, quod sunt quaedam sententiae, quae nunquam transeunt in rem iudicatam, ut sunt sententiae, quarum observantia induceret periculum animae, quaedam sunt, quae statim transeunt, ut est sententia excommunicationis. Quae tamen proprie non est sententia. Et hoc verum, quod statim transit in rem iudicatam quoad privatam utilitatem, sed quoad publicam utilitatem tangentem periculum animarum numquam transit. Nam semper auditur conquerens de iniusta excommunicatione. Sunt etiam quidam casus, in quibus diffinitiva statim transit in rem iudicatam, quae notantur. Quedam sententiae tenent medium, quia transeunt in rem iudicatam, non tamen statim, sed post decem dies. Et istud regulariter obtinet in sententiis, praedicta extrema sunt casualia. Et hoc quando sententia tenet, licet sit iniusta. Secus si esset nulla, quia tunc non transit. Et modos nullitatis ponit Gwillelmus. Et dicitur sententia nulla, quae lata est contra ius constitutionis expresse, iniusta dicitur, quae est lata contra ius litigatorum: nulla non transit, iniusta sic ut est dictum. Distiguitur tamen, quia sententia quandoque est nulla nec servatur, ut si con-*

⁵⁴ Queste preoccupazioni sono presenti a tutt'oggi nel processo canonico, così come disegnato dal Codice del 1984. In particolare va segnalata la sussistenza – accanto all'appello – della *querela nullitatis* quale rimedio specifico per le sentenze invalide (sia nei casi di nullità insanabile sia in quelli di invalidità sanabile) e la valutazione dell'ingiustizia come causa generale di invalidità fondante anche *extra ordinem* la *restituito in integrum*: cfr. *Codex Iuris Canonici*, cann. 1619-1627 e can. 1645.

⁵⁵ Cfr. *infra*, cap. IV.

tra ius constitutionis est lata expresse; quandoque est nulla tamen servatur donec de nullitate constet, ut si est lata per falsos testes, seu falsa instrumenta, quia ista est nulla in veritate, sed est aliqua in opinione, quandoque nulla est et transit in rem iudicatam post triginta annos»⁵⁶.

Si coglie qui con una certa chiarezza l'avvenuto passaggio alla precisa differenziazione fra sentenze nulle (cioè invalide in modo assoluto e rilevabili pressoché *in perpetuum* almeno in via di eccezione) e sentenze annullabili, caratterizzate da una strutturale invalidità impugnabile e sanabile⁵⁷. Soprattutto sulla scorta di considerazioni d'ordine equitativo e – per certi versi ‘metagiuridiche’ – la riflessione della dottrina dello *ius commune* (in specie canonistica) conduce pertanto ad una profonda evoluzione dell'assetto delle invalidità e dell'intima struttura dei diversi rimedi giudiziari⁵⁸.

⁵⁶ *Ioannis Urbach processus iudicii qui Panormitani ordo iudiciarius a multis dictur*, a c. T. MUTHER, Halis Saxonum 1878, pp. 272-274.

⁵⁷ Per qualche considerazione d'insieme, cfr. F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 47-52.

⁵⁸ Tali considerazioni verranno riprese nel capitolo conclusivo, *infra* «Considerazioni conclusive». Di seguito è riportata la trascrizione dell'epitaffio del vescovo Guglielmo Durante, Roma, chiesa di Santa Maria sopra Minerva: «HOC EST SEPULCHRUM DOMINI GULIELMI DURANTI EPISCOPUS MIMATENSIS, ORDO PRAEDICATORUM. Hic iacet egregius doctor praesul mimatensis nomine Duranti Guilielmus regula morum, splendor honestatis, et casti candor amoris altum consiliis, speciosum mente serenum, hunc / insignibant immotus turbine mentis, mente pius, sermone gravis, gestuque modestus extitit infestus super hostes more leonis indomitos domuit populos, ferroque rebelles, impulit / ecclesiae victos, servire coegit, comprobavit officiiis, paruit Romania sceptro, belligeri comitis, Martini tempore quarti. edidit ille in iure librum, quo ius reperitur, et Speculum Iuris / patrum quoque pontificale, et rationale divinarum patefecit. instruxit clerum, scriptis, monuitque statutis Gregorii deni Nicolai scita perhenni, glossa diffundit populis, / sensusque profundos / scire dedit mente corusca luce studentum, quem memori laudi genuit provincia dignum, et dedit a podio missone dioecesis illum inde bitterrensis preassignis carica Papae / dum foret ecclesiae mimatensis sede quietus, hunc vocat octavus Bonifacius altius illum promovet, hic renuit Ravennae praesul haberi fit comes invictus, simul hinc, et marchio / tandem, et Romam rediit Domini sub mille trecentis quatuor amotis annis, tumultante Minerva subripit hunc festiva dies, et prima novembris gaudia cum sanctis tenet omnibus inde sacerdos, pro quo perpetuo datur hac celebrare capella».

CAPITOLO SETTIMO

IL TRATTAMENTO E IL REGIME DELLE INVALIDITÀ DELLA SENTENZA E LE RELATIVE IMPUGNAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La qualificazione delle invalidità della sentenza: la sintesi del Durante. – 2.1. Le nullità assolute. – 2.2. Invalidità della sentenza, strumenti di recupero e di convalida. – 2.3. Le impugnazioni della sentenza quale strumento di annullamento. – 3. Le origini della *querela nullitatis* nel complesso delle impugnazioni.

1. *Premessa.*

Un passaggio di un certo rilievo per le implicazioni concettuali e le conseguenze operative è quello di una valutazione più precisa, o ‘qualificazione’, delle diverse fattispecie d’invalidità rinvenute nell’elaborazione della dottrina, al fine di definire il trattamento riservato a ciascuna, anche con l’individuazione degli strumenti (propri o impropri, tipici o atipici) presenti nel diritto medievale, destinati ad incidere sulle sentenze invalide e sugli eventuali effetti delle stesse¹.

¹ Occorre ribadire che nel percorso storico qui sommariamente ricostruito appare con chiarezza come l’interesse della dottrina più antica sia stato quello della definizione dei motivi di nullità e che solo in un secondo momento (anche per il contributo della canonistica ed il suo interesse specifico ai profili della giustizia della decisione) si sia volta l’attenzione specificamente ai rimedi ed agli strumenti individuati dall’ordinamento per accertare rimuovere o contrastare le diverse fattispecie d’invalidità delle sentenze. Le considerazioni che seguono riprendono, con numerosi aggiornamenti ed integrazioni, alcune osservazioni già proposte in M. ROSBOCH, *L’invalidità della sentenza...* cit., pp. 242-278.

Per compiere tale operazione valutativa occorre non solo la conoscenza dei dati testuali e fattuali, ma anche una griglia di concetti e di categorie con cui leggere tali dati. L'uno e l'altro profilo, sempre strettamente legati, emergono con tipicità e non senza difficoltà nel complesso delle fattispecie d'invalidità individuate nei diversi giuristi fino ad ora presi in esame – così come nelle testimonianze dello *ius proprium* – con particolare riguardo allo *Speculum* di Guglielmo Durante.

2. *La qualificazione delle invalidità della sentenza: la sintesi del Durante.*

In proposito, risulta opportuno prendere in esame, anzitutto, le caratteristiche intrinseche delle nullità *ipso iure* ed i mezzi previsti per farle valere. Inoltre appare utile verificare la presenza nella dottrina di altre fattispecie d'invalidità. In seconda battuta, invece, si cercheranno, nella riflessione della dottrina (con particolare riguardo alla compiuta sintesi dello *Speculum* duranteo) specifiche forme di azione di nullità (e di annullamento) e si valuterà la presenza dell'istituto della *querela nullitatis*.

2.1. *Le nullità assolute*².

La costruzione dell'invalidità *ipso iure* della sentenza dello *Speculum* del Durante ha rappresentato per la dottrina successiva, processualistica, ma non solo, un importante punto di riferimento. In questo senso l'evoluzione della scuola dello *ius commune* in materia non può prescindere dal contributo duranteo,

² Occorre non fare confusione, come talvolta accaduto anche nella storiografia, fra i *substantialia* del processo ed i *substantialia* della sentenza. I primi sono rappresentati dalla serie degli atti necessari fra la presentazione del *libellus* e la sentenza, mentre i secondi sono quegli elementi essenziali (per lo più meramente formali) imposti a pena di nullità della decisione. Accenna ad alcuni problemi legati ai *substantialia* G.P. MASSETTO, *Sentenza...* cit., pp. 1200-1205, che accenna ad alcune posizioni diverse della dottrina del diritto comune sul punto.

ripreso nel corso dei secoli dai diversi giuristi impegnati nella costruzione di concetti ed istituti nell'ambito delle invalidità sostanziali e processuali.

Anche l'attuale assetto delle invalidità, frutto in particolare dell'elaborazione normativa e dottrinale del secolo XIX e della prima parte del secolo XX, risente comunque in certa parte dell'eredità della tradizione del diritto comune. Come già ricordato, da un punto di vista concettuale, terminologico e di teoria generale la visione attuale è improntata ad una considerazione statica e strutturale dell'atto giuridico e delle sue patologie di impronta evidentemente dogmatica (o neodogmatica)³. E se pure la concreta attuazione del modello con riferimento alla sentenza subisce qualche smussamento per la particolare struttura e finalità dell'atto in questione, l'orizzonte concettuale è comunque quello delineato dal vigente codice civile e dai codici di rito⁴.

Tutto ciò permette anche d'individuare un punto di confronto fra la concezione moderna delle patologie della sentenza e la costruzione della dottrina del diritto comune: pur nella distanza delle soluzioni, non mancano nella dottrina medievale (ad esempio nello *Speculum*) momenti caratterizzati da una interessante «modernità»⁵.

Dalla lettura dei passi della dottrina (ed in specie dell'opera di Guglielmo Durante), emergono, infatti, i caratteri che distinguono le invalidità *ipso iure* dalle altre 'patologie' della sentenza, secondo criteri distanti da quelli attuali, ma non del tutto estranei agli sviluppi moderni. Ad esempio, il quadro che emerge dall'analisi compiuta del § *Iuxta* dello *Speculum*, è caratterizzato, prima di tutto, dall'affermazione assai netta dell'invalidità assoluta delle fattispecie ivi individuate; la concreta analisi delle stesse, peraltro, conduce a non ritenere la classificazione di tutte

³ Cfr. *supra*, cap. I.

⁴ Come si è già potuto vedere, *supra*, *Introduzione*.

⁵ Per tutti il nesso fra invalidità ed impugnabilità. al di là dell'indistinzione e della confusione concettuale di cui pecca la costruzione dello *Speculum* essa prelude comunque a sviluppi successivi di una certa importanza.

le fattispecie individuate entro la categoria – nettamente definita dalla moderna dottrina – dell’invalidità [nullità] assoluta, ma anche in quella più «soffice» – tipicamente moderna – dell’invalidità sanabile [annullabilità].

Ovviamente si rileva la difficoltà a ricomprendere la costruzione della dottrina medievale alla luce dell’odierno sistema delle invalidità: in effetti, ciò che pare assai diverso nella costruzione medievale rispetto all’impostazione vigente è soprattutto l’orizzonte concettuale, laddove nelle concrete soluzioni possono trovarsi anche punti di contatto. L’ottica complessiva con cui, per esempio, s’interpreta il fenomeno delle invalidità delle sentenze è un’ottica che trae la sua origine dalla percezione *sic et simpliciter* delle diverse fattispecie. Nel diritto attuale, invece, il punto di vista è differente: si parte dai concetti per delineare le diverse tipologie delle fattispecie d’invalidità, predeterminando attraverso la previsione normativa una classificazione da in cui collocare, in seguito, le differenti e concrete fattispecie.

Nella dottrina medievale ci si colloca in un’ottica che trae origine dal modo di presentarsi *de facto* delle diverse fattispecie e dal nucleo più vivo e concreto del mondo del diritto, oltre che dai suoi elementi più dinamici.

Inoltre, va ricordato che il diritto processuale costituisce per i giuristi – come ad esempio Guglielmo Durante – il punto d’ingresso e di visuale complessiva del fenomeno giuridico nella sua interezza: si tende a vedere il diritto nello specchio del processo⁶; è, infatti, nel momento dinamico che vengono in evidenza anche le considerazioni sulla struttura dell’atto giuridico in questione. Per Durante tutto ciò vale specialmente per l’ultima parte del § *Iuxta*, per l’intero § *Quoniam* e per la parte dello *Speculum* dedicata all’esecuzione della sentenza: questi passi possono essere assunti come espressivi degli orientamenti prevalenti della dottrina medievale.

⁶ Da cui il titolo di «*Speculum*» per la sua opera maggiore! Si vedano in proposito i passi dedicati ai diversi contratti considerati dal punto di vista delle rispettive azioni: cfr. G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. III, partic. III, pp. 221-332.

In questo senso, tentando di avanzare più in profondità nel tema principale, si può notare come il Durante abbia elencato con una certa precisione le dieci categorie fondamentali di sentenze nulle *ipso iure*, categorie che racchiudono ognuna svariate fattispecie di sentenze, tutte ritenute invalide e tutte qualificabili come nulle di pieno diritto (*ipso iure*)⁷: ora occorre precisare i caratteri distintivi di queste sentenze.

Le nullità *ipso iure* sono così gravi da impedire l'esecuzione della sentenza. Ad essere più precisi occorre dire che è da ritenersi assurda l'esecuzione di una sentenza che 'non esiste' nel mondo del diritto e che appare nel mondo dei fatti come parvenza di un atto giuridicamente inconsistente. Le sentenze nulle *ipso iure* sono, poi, irrecuperabili e non possono avere alcuna pratica efficacia giuridica; questa situazione d'invalidità permane nel tempo e può essere fatta rilevare senza limiti di sorta⁸. Il Durante, però, introduce a questo punto un'importante osservazione di carattere generale. Egli riconosce che in talune situazioni locali, sotto l'influsso delle legislazioni particolari o di radicate consuetudini, la situazione ora descritta delle nullità *ipso iure* possa essere differentemente valutata: o attraverso la modifica e l'integrazione delle fattispecie di nullità *ipso iure* individuate a livello di *ius commune*, oppure affiancando alle nullità *ipso iure* altre fattispecie considerate, invece, meno gravi, o per così dire «affievolite» e pertanto sanabili:

«In summa not. quod cum cum sententia dicitur ipso iure nulla, sine temporis praefinitione tractari potest, nisi loci, vel fori consuetudo aliud inducat, C. ad l. Corn. de fal. sicut [C. 9,22,17], ext. de procur. in nostra. in fi. quod intellige. I. [X. 1,38,4] usque

⁷ Tali argomentazioni traggono origine dalle valutazioni del Durante in tema di sentenza; non è da escludersi, peraltro, che un'analisi dedicata più in generale all'invalidità degli atti giuridici nello *Speculum* possa portare a risultati di un certo interesse. In effetti, la materia processuale rappresenta un terreno privilegiato di osservazione, in cui anche nel confronto con la prassi giudiziaria e le legislazioni statutarie i giuristi vengono a delineare nuovi concetti e nuovi istituti; cfr. *supra*, cap. VII.

⁸ Si tratta di un caso di imprescrittibilità, o almeno di lunghissima prescrizione (30 o 40 anni).

ad XXX annos vel XL annos, secundum ea quae no. inf. §. prox. vers. in summa. et sequen.»⁹.

È un passo di un certo rilievo, in cui il Durante riconosce espressamente il ruolo delle legislazioni comunali e della prassi giudiziaria¹⁰ ad integrazione e modifica del diritto comune¹¹.

Emerge abbastanza chiaramente il regime delle nullità *ipso iure*, che – sulla linea della tradizione del diritto romano – sono radicalmente insanabili con vizi rilevabili senza limiti temporali. È importante notare, però, che il Durante riconosce la possibilità di altri tipi di invalidità, meno gravi e pertanto sanabili trascorso un certo tempo¹². Per quanto riguarda le nullità *ipso iure* il Durante resta ancorato alle fonti romanistiche, ma s'intravedono nello *Speculum* punti di superamento della rigida costruzione an-

⁹ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 806, § *Iuxta* n. 30.

¹⁰ Lo *Speculum* riporta in altre sedi considerazioni di rilievo sul valore derogatorio della disciplina contenuta negli statuti comunali; fra tutti, per esempio, si può riportare il passo seguente: «De poena temere litigantium. ... Sed quaeritur, utrum leges maleficia punientes locum habeant hodie, cum fere quaelibet civitas sua statuta habeat super quolibet beneficio praesertim in Italia? Quidam dicunt quod statutum municipale tollit leges de hoc tractantes. ... Statutum enim debet aliquid operari. ... Alii contra [dicunt] quod iudex, sive Potestas possit imponere poenam legis, si sit maior quia sic iurat. ... Item si condemnat in maiori, ergo et in minori» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. II, partic. III, pp. 929-930, § *Dicto* n. 6-7). Cfr. pure *Speculum...* cit., lib. III, partic. I, pp. 79-81, § *Constitutiones*. Per tutti si vedano le importanti considerazioni di M. ASCHERI, *Le fonti e la flessibilità...* cit., pp. 22-41.

¹¹ Un passo dell'*Ordo iudiciarius* di Gratia Aretino è significativo della linea – attenta alle consuetudini locali – generalmente individuata dalla dottrina in proposito: «Sed quia iudices iudicare debent secundum consuetudinem locorum dummodo non sint consuetudines expresse contra iura, ut Dist. 11. c. in his rebus. 7. et X. G. de consuet. 1. 4. c. ad nostram. 3. et de eo qui mitt. in poss. 2. 15. c. cum venissent. 3. et de probat. 2. 19. c. sicut. 2, non obstante consuetudine terrae meae dabo inde claram doctrinam» (G. ARETINO, *Summa de iudiciario ordine*, in F. BERGMANN, *Pillii, Tancredi...* cit., p. 369).

¹² Può essere utile ribadire che il contributo dello *ius proprium* non si è limitato soltanto al momento della specificazione e della applicazione dello *ius commune*, ma ha agito anche a livello di situazioni direttamente legate a categorie concettuali. In generale, si vedano le osservazioni di P. COSTA, *Ius commune, Ius proprium, Interpretatio doctorum: ipotesi per una discussione*, in *El dret comu i Catalunya*, a c. A IGLESIA FERREIROS, Barcelona 1995, pp. 29-42.

tica fondata sulla chiara equivalenza fra invalidità ed inesistenza¹³: il quadro che emerge dalla dottrina medievale è più complesso, arricchito dalla presenza di alcune fattispecie d'invalidità ben differenti dalle fattispecie d'invalidità accostabili all'inesistenza.

Ancora, per caratterizzare le nullità *ipso iure* si deve dire che sono insanabili, viziate in modo tale da non potersi convalidare. Senza limiti di tempo può essere rilevata da chiunque la patologia della sentenza. È chiaro, peraltro, che in concreto il problema si pone strettamente legato all'esecuzione della sentenza. Una cosa è, infatti, una sentenza invalida (nulla) non ancora eseguita, altra e ben diversa è la situazione di una sentenza invalida che sia stata erroneamente eseguita. Nel primo caso, con evidenza, il nodo della nullità può emergere nel momento della richiesta di esecuzione da parte del vincitore, mentre nel secondo la nullità della sentenza illegittimamente eseguita (perché radicalmente nulla), fonderà una pretesa risarcitoria, o restitutoria, da parte del soccombente.

La dottrina giunge, allora, a consentire – ove materialmente possibile – un'utilizzazione della *restitutio in integrum* per ricostituire una situazione di giustizia compromessa da una sentenza

¹³ Esistevano nel diritto romano contratti o sentenza annullabili? Come già richiamato (*supra*, cap. I) la dottrina ritiene di rispondere negativamente, attribuendo la costruzione della figura di annullabilità al diritto comune. Cfr. per tutti V. GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli 1965, pp. 1-12 e R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità...* cit., pp. 111-112. Per il diritto medievale importante è la glossa 'contra tabulas', così riportata da Ennio Cortese: «L'impostazione dell'indagine sui tre momenti d'invalidità, o inefficacia del negozio – «ipso iure ... per exceptionem... iure repetitionis» – pare doversi ricondurre ad Irnerio (cfr. la gl. interl. pro infectis alla cit. l. non dubium, Paris lat. 4536, fo 17 ra 2y. cum quandoque ius ipsum obsistat, quandoque exceptio, quandoque repetitio» (E. CORTESI, *La norma giuridica...* cit., I, p. 28). I giuristi del diritto comune classico individuano senz'altro singole fattispecie di annullabilità, ma non giunsero a delineare una categoria vera e propria di annullabilità. Con Durante si apre anche la riflessione canonistica sul valore del giudicato, che differisce da quella civilistica per una maggior attenzione ai profili soggettivi e alla garanzia dello *status* del fedele: cfr. E. MAZZACANE, *Il giudicato canonico e la certezza del diritto*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano 1963, I, pp. 879-894.

viziata *ipso iure*. È un problema molto grave, su cui il Durante si limita ad osservare che si tratta di uso improprio della *restitutio*¹⁴, ma comunque consentito, per eliminare una grave situazione di ingiustizia:

«Ordinarius tamen videns sententiam a se latam esse nullam sine libello, vel sine alia retractatione potest aliam ferre... Sed nunquid libellus talis admittitur: dico sententiam nullam, et eam peto nullam pronunciare, et si qua apparet, appellatione prosequor et peto etiam cassari, vel contra eam in integrum restituì? Arg. quod sic»¹⁵.

L'invalidità della sentenza non può, dunque, essere sanata, ma il giudice può, di sua iniziativa – *officium iudicis* – pronunciare un'altra sentenza, valida, ricercando l'integrazione degli elementi mancanti nel primo procedimento. In questo senso si giunge ad una soluzione equa per la parte soccombente secondo la sentenza invalida, attraverso la sostituzione alla prima sentenza invalida di una nuova decisione valida, come appare con evidenza da un brano dedicato alla correzione della sentenza ed ai complessi rapporti fra invalidità e correzione:

«... non potest corrigere vel mutare, ... potest tamen iudex eam supplere ea die, qua tulit in his quae pertinent ad consequentiam priorum stautorum, ut de fructibus et sumptibus et similibus. G. Na. [Guglielmo Naso] et Innoc. IIII [Papa Innocenzo IV] dicunt quod ordinarius a capite incipere et sententiam suam emendare et aliam ferre si lata invenerit esse nullam. Delegatus vero non, cum sit functus officio suo. ... Io. de Deo [Giovanni di Dio] dixit si sententia nulla est, vel talis qui non transit in rem iudicatam, ut est excommunicatio et huiusmodi, iudex, vel eius successor potest ea corrigere, vel quasi de novo ferre. ... Ego vero dico quod sententiam perperam latam non potest iudex corrigere

¹⁴ Su cui si veda L. RAGGI, *La restituito in integrum...* cit., pp. 242-287.

¹⁵ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 27-28. Sull'istituto della *retractatio* (*retractatione*), cfr. per tutti F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...*, cit., pp. 77 ss.

vel aliter iudicare, et eadem die, ex eisdem tamen actis ut ff. de re iud. cum querebatur [D. 42,1,62]. De novo tamen bene potest cognoscere, et iterum iudicare, si est ordinarius, secus in delegato, ut supra. Videtur tamen quod delegatus et potest revocare et mutare sententiam excommunicationis a se perperam latam, tum quia potius illa tendit ad naturam interlocutoriae, quam diffinitivae»¹⁶.

Oltre alle specifiche notazioni sulla sentenza di scomunica, da valutarsi più come sentenza interlocutoria che come decisione definitiva, e alle considerazioni intorno alle differenze di prerogative dei giudici ordinari rispetto ai loro delegati, occorre soprattutto rilevare il pensiero del Durante sull'invalidità della sentenza. Reagendo ad un'interpretazione poco rigorosa diffusa nella dottrina, il Durante ribadisce qui la differenza concettuale della correzione dalla nullità; il primo «rimedio», infatti intende recare un'integrazione migliorativa ad una sentenza pienamente valida, giusta ed efficace, mentre – a stretto rigore – la sentenza invalida deve essere revocata ed eliminata, perché radicalmente viziata e – per così dire – incorreggibile; di tale potere di correzione è provvisto il giudice ordinario, mentre ne è privo il delegato.

È auspicabile, peraltro, un nuovo giudizio valido intorno ad una controversia già decisa con sentenza nulla *ipso iure*. Inoltre, si considera ammissibile il *libellus* contenente la richiesta al giudice *ad quem* di una pronuncia sull'invalidità pregiudiziale all'esperimento delle impugnazioni¹⁷.

¹⁶ G. DURANTE, *Speculum...* cit., pp. 786-787, § *Nunc* n. 10-12.

¹⁷ Al di là dei complessi rapporti fra appello e nullità (su cui cfr. *infra*, par. 2.3), si può già scorgere la linea che porterà nella dottrina successiva alla costruzione di una vera e propria azione di nullità (cfr. A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 48-50). In Durante – ed in genere nella dottrina duecentesca – non si può parlare in senso proprio di *actio nullitatis* (tanto che questa espressione non è mai utilizzata nello *Speculum*), ma è senz'altro da evidenziare il percorso compiuto dalla dottrina nel riconoscere la necessità di una qualche pronuncia per sgomberare il campo dalla presenza delle sentenze invalide: non appariva sufficiente la valutazione romanistica dell'inutilità di ogni pronuncia (anche di mero accertamento) dell'invalidità in nome del principio «quod nullum est nullum producit effectum».

Altro profilo che appare caratteristico dell'invalidità *ipso iure*, così come delineata emblematicamente dal Durante, è il suo necessario riferimento agli elementi 'sostanziali' del procedimento: questo carattere è ribadito con estrema nettezza proprio dal Durante nel § *Nunc* dello *Speculum*:

«Sententia, ordine iudiciario substantiali praetermisso, vel non servato, lata ipso iure non valet. Nunc videndum restat quando sententia sit ferenda et quidem ordine iudiciario praetermisso, scilicet lite contestata, confessionibus et allegationibus auditis omnibusque causae meritis diligenter investigatis in die non feriato et ante crepusculum noctis, haec omnia probantur 30.q.5. §. his ita et c. incerta. et c. nullum et c. iudicantem [C. 30, q. 5, c. 9-10-11] ext. ut lit. non contest. per totum [X. 2,6,1-5] ff. de fer. si feriat. [D. 2,12,6] ext. de off. del. consuluit. [X. 1,29,24] in Auth. de iud. §. sedebunt. col. 6 [Auth. 83, 3]. Alioquin sententia ordine iudiciario substantiali praetermisso, vel non servato, lata non tenet ipso iure, 2.q.6. § diffinitiva. ver item sententia contra solitum [C. 2, q. 6, c. 41] ext. de elec. dudum. [X. 1,6,22] C. de sent. ex brevi. rec. L. 2, 3 et 4 [C. 7,44,1-4]. Et hoc verum est et regulariter»¹⁸.

La tipologia d'invalidità qui prevista è assoluta, operante *ipso iure*, in corrispondenza della mancanza degli elementi essenziali di tutto il procedimento. La nullità assoluta appare come la sanzione prevista dall'ordinamento nel caso in cui vengano meno i pilastri dell'ordinamento processuale, o come mancanza di elementi fondamentali o come violazione dei precetti ordinatori dello stesso¹⁹. L'intero processo si regge su una serie di pilastri

¹⁸ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 784, § *Nunc* n. 1. Si noti che il Durante cita una eccezione a tale insieme di formalità previste sostanzialmente e dunque a pena di nullità assoluta: è il caso della contumacia, per cui non è necessaria la *litis contestatio* (cfr. § *Nunc* n. 1).

¹⁹ L'invalidità non è oggi, in genere, ritenuta tecnicamente una sanzione; si discute, però, in proposito (cfr. per tutti N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino 1969, pp. 530-540 e F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989; ID., *Sanzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 303-328). Peraltro, in senso lato, si può ritenere valida nel discorso qui

necessari, in mancanza dei quali (ed anche di uno solo) crolla tutto l'edificio, così come – il paragone è del «liturgista» e vescovo Guglielmo Durante²⁰ – nella celebrazione eucaristica l'omissione di una formula necessaria del canone della consacrazione impedisce la trasformazione della sostanza del pane e del vino eucaristici:

«Et not. quod non omnia praecedentia sunt iudicii substantialia, sed quaedam ex his, videlicet citatio... Item libelli oblatio quod dic... Item litis contestata... Item iuramentum de calumnia, vel de veritate... Quod si aliquid ex his omittatur, vel praepostetur, non tenet sententia ipso iure. Sicut alias est simile in missae celebratione, in qua solum illa verba, quibus species in corpus et sanguinem transsubstantiant, scilicet, 'Hoc est corpus meum', et c. sunt substantialia, coetera vero sunt d. solemnitate. ... Sed et praemissa omnia secundum supra positum ordinem sunt servanda, quia sic solitus est servar, ext. de rescrip. causam quae [X. 1,3,18]. Si vero alius ordo à principe iniungitur, is est servandus, alioquin non valet quid agitur. ... Ordo autem iudicialis proprie dicitur consistere in his, quae aguntur intra litis contestationem et sententiam, cum litis contestatio sit litis exordium»²¹.

Gli elementi sostanziali del processo, compresi fra la *litis contestatio* e la sentenza, costituiscono il cuore dell'*ordo*, da rispettarsi senz'altro a pena d'invalidità della decisione²². Il com-

fatto una valutazione della nullità *ipso iure* come sanzione; le discussioni intorno alla natura dell'invalidità come sanzione hanno attraversato non solo la dottrina italiana, ma pure le analisi di importanti autori stranieri; si è affermata in Francia la considerazione generale dell'invalidità come sanzione, mentre la si è negata generalmente nel diritto inglese: sinteticamente, mi permetto di rinviare a M. ROSBOCH, *Invalidità e statuti*... cit., in specie pp. 424-427.

²⁰ Autore anche di una delle più note opere sulla liturgia (il già menzionato *Breviarium*) dell'intero medioevo; cfr. L. FALLETTI, *Guillaume Durand*... cit., coll. 1054-1057.

²¹ G. DURANTE, *Speculum*... cit., lib. II, partic..., p. 355 § *Substantialia*.

²² Per tutti, R. BALBI, *La sentenza ingiusta*... cit., pp. 166-169; E. MAZZACANE, *La litis contestatio*... cit., pp. 14-27 e 52-61; A. GIULIANI, *Dalla «litis contestatio» al «Pleading-System»*. *Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*, in «Index. Quaderni camerti di studi romanistici», 22 (1994), pp. 435-445; J. OCHOA, «Actio» e «con-

plesso sanzionatorio condanna all'inesistenza un atto (o meglio un'apparenza d'atto) valutato con evidente sfavore dall'ordinamento e non degno di essere sottoposto ad alcun tentativo di salvataggio. Trova applicazione in questo ambito il noto principio «quod nullum est nullum producit effectum», ma la dottrina prevede pure la possibilità di individuare eccezioni e situazioni tendenti in casi specifici alla conservazione di taluno degli effetti giuridici possibili da parte di un atto comunque viziato.

Come regolarsi per eliminare dal mondo del diritto un atto siffatto, nullo (o addirittura inesistente), ma esistente – comunque – come parvenza di atto almeno nell'universo dei meri fatti? Esiste nella dottrina una specifica azione di nullità o qualche cosa di paragonabile? In questo senso il Durante si limita a precisare l'importanza dell'eccezione corrispondente, esperibile *in perpetuum* e da chiunque, e la concreta necessità da parte di qualunque soggetto nel fare accertare (anche informalmente) dal giudice *a quo* la situazione di inesistenza della sentenza. Nel diritto romano era ammessa la disapplicazione della sentenza invalida da parte di chiunque; qui non lo si dice esplicitamente, ma si prevede, comunque, una possibile pronuncia non formale (non avente cioè il rango di sentenza!) da parte o dello stesso giudice o, in qualche caso, perfino da parte del giudice superiore²³.

In questa direzione si registra un'innovazione significativa del più rigido sistema romano, che faceva rigorosamente coincidere la nullità con l'inesistenza della sentenza; nel diritto medievale, al contrario, la sentenza invalida, anche se come parvenza di atto giuridico è praticamente esistente, tanto da determinare la necessità di una presa di posizione da parte del giudice al fine di rilevarne l'invalidità. Questo intervento in giudizio è forse superfluo da un punto di vista strettamente teorico (ed in tal senso si attestano le fonti giustiniane), ma non lo è da un punto di vista

testatio litis» nel processo canonico, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma 1979, pp. 369-390; più risalente, ma importante, R. SOHM, *Die litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses*, München 1914.

²³ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 29.

pratico e strumentale: in ciò si può rilevare una profonda modificazione rispetto all'assetto delle invalidità del mondo romano²⁴.

Resta però aperto il consistente problema teorico e pratico della presenza o meno di una vera e propria *actio nullitatis*. Nelle testimonianze fino ad ora riportate, in effetti, non risulta in nessun autore fra quelli presi in esame la costruzione di una precisa *actio nullitatis*; il punto di vista è soprattutto quello di evidenziare gli strumenti per rimediare alle possibili incertezze o ingiustizie provocate dalle pronunce invalide²⁵. Infatti, la presenza di una «petitio» sull'invalidità della sentenza e quella di un *libellus* volto ad ottenere l'invalidazione di una decisione giudiziale viziata rivelano la necessità di provvedere all'accertamento ed all'eliminazione della sentenza invalida. Peraltro, per i casi d'invalidità, il *libellus* non è necessario e può venire omissis, così come la *litis contestatio* assume in questi frangenti una veste assai particolare²⁶. Riprendendo una questione assai dibattuta in dottrina, il Durante ripropone ed accetta il parere di Guido da Suzzara sull'utilizzazione della *litis contestatio* nelle *causae nullitatis*:

«Litis contestatio an fieri debeat in causa nullitatis sententiae. Exceptionem nullitatis sententiae opponens debet eam cito probare, si velit exceptionem impedire. Quid de causa nullitatis sententiae? Dicunt quidam [Guido da Suzzara, super l. una C. eo tit.] non fieri in ea litis contestationem, quia sic posset res in infi-

²⁴ Sarà Bartolo da Sassoferrato a rovesciare la prospettiva sul punto; infatti egli considera da un punto di vista strettamente logico l'*actio nullitatis* come azione insussistente di presupposti (perché nascente di regola da una *obligatio*) anche se dal punto di vista pratico si possono ricomprendere in senso lato come «azioni di nullità» i diversi rimedi (su tutti la *querela nullitatis*) previsti dall'ordinamento per accertare o dichiarare le situazioni d'invalidità delle sentenze e rimuoverne gli eventuali effetti: BARTOLO, *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis 1585, ad D. 49,1,19. Inoltre lo stesso Bartolo distingue fra le sentenze nulle *erroris expressi causa* e quelle invalide *alia causa*: le prime non sono convalidabili, mentre le seconde possono convalidarsi (anche attraverso l'utilizzo 'improprio' dell'appello): BARTOLO, *Commentaria in Secundam Codicis Partem*, cit., ad C. 7,64,1.

²⁵ Cfr. *supra*, cap. III e cap. IV

²⁶ Il passo di riferimento è *Speculum...* cit., lib. IIII, partic. I, *De libellorum conceptione*, pp. 58-78.

nitum abire qui eum opponit exceptionem impedire, ff. ad exhib. l. 3 § ibidem [D. 10,4,3,13], ff. ad Trebel. ille § si de testamento [D. 36,1,13,2], ff. ut in pos. leg. si is a quo [D. 36,4,3]»²⁷.

La *litis contestatio* non è necessaria (anche se non se ne può vietare l'utilizzo) e come causa d'invalidità risulta assai anomala: si configura, infatti, come questione agibile in *perpetuum*, se non in via principale almeno in via di eccezione; gli effetti preclusivi ed impeditivi della *litis contestatio* sono dunque superati dalla *natura causae*²⁸.

Si noti, ancora, la specificità del meccanismo delle eccezioni qui individuato: l'eccezione in causa di nullità²⁹, a ben vedere, si configura infatti come un grave pericolo incombente sull'intero procedimento, che può essere reso innocuo solo da una tempestiva pronuncia sulla validità della sentenza: è dunque la natura dell'eccezione a spronare la rapida ricerca della verità in ordine al regime della sentenza invalida, cosa assai particolare. Si delinea una procedura di accertamento dell'invalidità della decisione derivante, più che da una vera e propria *actio*, dalla necessità – processuale e sostanziale – d'impedire una *exceptio* paralizzante. Questo meccanismo di accertamento non solo può essere innescato dalle parti, ma pure dallo stesso giudice³⁰:

«Nunquid ergo ex parte condemnari admittetur talis libellus: peto [nel testo del 1576, *pro*] talem sententiam contra me latam nullam pronuciari? Et videtur quod non, cum sit tutus (*sic*) exceptione perpetua, ut praedixi. ... Arg. contra quod non solum habeat exceptionem, sed etiam actionem, ff. de pet. here. l. si. [D. 5,3,6], ff. de lib. leg. quod mihi [D. 34,3,22] et hoc servatur de facto. Ordinarius tamen videns sententiam a se latam esse nullam

²⁷ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 570, § *Quando* n. 3.

²⁸ E. MAZZACANE, *La litis contestatio...* cit., pp. 203-248.

²⁹ Va osservato che il passo dello *Speculum* qui richiamato lascia impregiudicata la questione della possibile ricaduta dell'invalidità nei confronti dei terzi ad insaputa del soggetto che può eccepire la nullità della sentenza.

³⁰ Per la nozione ed i profili generali dell'accertamento, si veda per tutti R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942, in specie pp. 5-35.

sine libello vel sine alia retractatione potest aliam ferre, ut supra § qualiter vers. hoc quoque»³¹.

La questione proposta in questa sede è esattamente quella della necessità (o almeno configurabilità) di un'azione di nullità caratterizzata da una sua tipicità ed esplicita individualità giuridica. Il Durante ne esclude la presenza necessaria, ma – al contempo – non ne esclude esplicitamente la possibilità giuridica, operando, però, richiami molto generici ed assai poco puntuali ad impugnative di tale genere³². In ciò egli mostra maggiore elasticità, anche se forse minor rigore concettuale, sia di Azzone che di Bartolo: il primo³³, infatti, affronta la questione definendo la «petitio» alla stregua di una «quasi actio» (a mezza strada fra un'azione – concetto processualciviltistico – ed una *accusatio* – concetto penalistico –), il secondo, invece, risolve il problema negando in linea generale alla *petitio nullitatis* la natura di azione³⁴; l'azione, infatti, secondo Bartolo nasce di norma da un'obbligazione, cosa che non si può ravvisare nel caso di specie. Inoltre l'espressione compiuta *actio nullitatis*³⁵ con riferimento alla sentenza non compare mai nello *Speculum*; nel complesso, pertanto, di azione in senso tecnico e compiuto con riferimento alla nullità della sentenza nello *Speculum* mi pare sia azzardato parlare, anche se autorevoli studiosi (come Ugo Nicolini e Attilio Guarneri più recentemente), insi-

³¹ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 27.

³² Altro passo di rilievo è quello sull'appello non proseguito, in cui è scritto: «Mihi videtur quod cum quis petit sententiam ex aliqua iusta causa nullam pronunciari, in hac instantia libellus offertur, et contestatio litis, et caetera fiant, et sic Curia servat, sic etiam sit in causa appellationis quod dic» (§ *Iuxta* n. 26). Si fa riferimento non ad una *petitio*, ma ad un'*instantia*: credo, peraltro, che i significati delle due espressioni siano sostanzialmente accostabili.

³³ Come già ricordato, la formula risale ad Azzone: «Querela inofficioso testamenti non est actio proprie quia si hoc esset perpetuo daretur... Item non potest proprie dici actio quia aliquando datura haeredi quod alias non est... Ideoque dicitur querela medium statum ut inter actionem et accusationem sibi assumens. Querela inofficiosi testamenti est subsidiaria» (AZZONE, *Brocardica aurea*, cit., p. 89).

³⁴ BARTOLO, *Commentaria in Secundam Digesti...* cit., ad D. 49, 1, 19, l. *Si expressim*.

³⁵ Si veda in proposito E. MAZZACANE, *La litis contestatio...* cit., pp. 56-61.

stono – in linea con una storiografia risalente e radicata – sull'equiparazione, collocabile a loro dire già nel periodo dei glossatori e post-glossatori, fra *actio nullitatis* e *querela nullitatis*³⁶.

In concreto, dunque, accanto alla presenza costante ed imponente delle nullità assolute, emergono altre figure di nullità meno gravi, qualificabili come invalidità relative o sanabili a seconda della gravità dei vizi che le caratterizzano; inoltre in quasi tutte le situazioni la nullità assoluta è ormai diventata la qualificazione di una sentenza comunque esistente di fatto, ma inesistente di diritto (ed anche inefficace *ipso iure*), per cui risulta opportuno eliminarla non più soltanto in via di fatto, ma in giudizio con apposita pronuncia giudiziale.

Il passaggio dalla nullità-inesistenza di origine romana (per cui la valutazione dell'invalidità non può neppure avvenire come qualificazione negativa, ma come non qualificazione in senso assoluto) all'invalidità *ipso iure* come qualificazione negativa di un atto giuridico per molti profili esistente è ormai acquisito dal Durante, nella cui opera si intravedono già i successivi sviluppi – tutti interni a questa nuova concezione delle sentenze invalide – determinati dalle necessità pratiche e teoriche di differenziare nel regime e nel concreto trattamento le diverse fattispecie d'invalidità.

2.2. *Invalidità della sentenza, strumenti di recupero e di convalida*³⁷.

Il problema posto dal Durante riguardo alla possibilità di ottenere una (almeno tacita) convalida della sentenza viziata me-

³⁶ A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 48-52; U. NICOLINI, *Il principio di legalità...* cit., pp. 353-364. Più equilibrato ed attento alla complessità ed alle sfumature costitutive del problema è A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 20-52. Resta chiaro che l'assenza di una specifica *actio nullitatis* non impedisce un intervento spontaneo (o provocato con altri rimedi) da parte del giudice per rimuovere la sentenza invalida.

³⁷ Oltre alle indicazioni già segnalate, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *I limiti dell'appello...* cit., pp. 35-57.

dianche un ricorso è centrale nello sviluppo del tema delle invalidità della sentenza; com'è noto, si tratta di un nodo già affrontato nel diritto romano, dove si era diffuso nella prassi il ricorso all'appello per ottenere il riconoscimento dell'invalidità della una sentenza³⁸, incontrando, però, un certo sfavore da parte della legislazione imperiale, ed un frequente richiamo da parte delle fonti all'inutilità ed alla superfluità di un simile rimedio per fare risultare l'invalidità delle sentenze.

Inoltre, la tendenza³⁹ ad utilizzare il mezzo più diffuso ed ordinario di impugnazione della sentenza – come già si è potuto osservare anche in questa sede – torna anche nell'epoca dei glossatori e costituisce un punto di snodo importantissimo della concezione delle nullità propria della dottrina medievale⁴⁰; la tradizione giustiniana, a cui si oppone – ad esempio – già il Piacentino⁴¹, è recepita dalla maggioranza dei maestri della scuola della glossa (come Azzone)⁴², e considera l'appello proposto nei confronti di una sentenza nulla inutile e superfluo, ed anche il Durante aderisce a questa conclusione. Egli precisa la motivazione giuridica di tale posizione:

«Sed quid si a sententia, quae nulla est, de facto appellaretur, et iudex appellationis eam confirmat, nunquid adhuc poterit dici nulla? Et videtur quod non, quasi alius sit effectus, si confirmetur expresse et alius sit temporis transcurso, vel tacite, ff. de his qui

³⁸ Si vedano, per esempio, i seguenti passi giustiniani: D. 10,2,41 e D. 37,14,24, su cui cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni...* cit., pp. 24-110. Inoltre si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 43-46.

³⁹ Si tratta di una tendenza inesorabile, che sfocerà – motivata da diverse ragioni – nell'attuale principio di assorbimento della nullità nei motivi di gravame della sentenza.

⁴⁰ «Dopo alcuni interessanti spunti innovatori, risalenti ai primordi della glossa, bisogna, anche qui giungere alla 'Lectura Codicis' azzoniana per trovare il segno di una svolta decisiva. ... Il principio della convalida di una sentenza nulla è dunque presente, in forma esplicita, fin dalle origini della scuola bolognese, anche se un lungo cammino sarà necessario perché esso venga accolto pacificamente nel processo romano-canonico» (A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II pp. 45-47).

⁴¹ PIACENTINO, *Summa Codicis*, cit., ad C. 7,62,5.

⁴² AZZONE, *Summa...* cit., ad C. 7,62,5.

no. infa furti accipe. §. 1 [D. 3,2,6,1]. Vel dic verius non confirmari, ut C. de inoff. test. eum. [C. 3,28,14] ff. fam. erci. l. quaedam [D. 10,2,41]⁴³.

Il ragionamento duranteo è tutto giocato sull'integrazione del piano della stretta «legalità» con quello dei fatti; senza dubbio, infatti, sul piano dell'attività e del ragionamento giuridico una sentenza invalida non può essere mai confermata, men che meno in appello, per cui, a rigore, la conferma operata in appello sarebbe da ritenersi illegittima. Peraltro, nota il Durante, il trascorrere del tempo nella convinzione della validità della decisione dopo la conferma in appello crea una situazione – di fatto – di piena validità della decisione stessa. Infatti, la convalida in via d'appello è una cosa diversa dalla situazione della convalida tacita ottenuta con il trascorrere del tempo⁴⁴.

Se, dunque, abbiamo un'esplicita pronuncia del giudice sulla validità di una sentenza, si pone il problema della sua definitiva convalida, questione che il Durante sembra decidere positivamente; differente è, invece, la situazione di un'accettazione tacita che non impedisce una successiva dichiarazione dell'invalidità. La sentenza invalida, in via generale, non è sanabile, ma al fine di evitare situazioni d'incertezza si consente in via eccezio-

⁴³ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 23. Richiama il tema anche un passo del § *Qualiter*: «Ubi autem appellatum est a sententia quae ipso iure non valet, iudex pronunciabit appellationem iniustam, inserta causa quod dic ut no. C. quando provoc. necesse non est [C. 7,64]» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 793, § *Qualiter* n. 25).

⁴⁴ Per la precisione, convalida e conferma sono – dal punto di vista della teoria generale – concetti non del tutto equivalenti; in verità «I termini convalida, conferma, esecuzione volontaria sono usati in dottrina per designare fenomeni tra di loro eterogenei; spesso addirittura si tende a far coincidere con i concetti indicati tutta una fenomenologia che con questi ha solo dei legami puramente formali» (G. GIACOBBE, *Convalida (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, p. 479, l'intera voce è alle pp. 479-502; si veda anche, per il campo processuale, G. TORREGROSSA, *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, pp. 717-728). All'attuale distinzione concettuale fa da corrispondente nell'epoca medievale, invece, una certa indistinzione nei concetti e nel trattamento, per cui termini diversi indicavano praticamente situazioni giuridiche uguali.

nale la sanatoria mediante espressa decisione del giudice di appello, che assume la forma di una nuova sentenza, avendo però la sostanza di una conferma «in negativo» della precedente.

La riflessione della dottrina non si ferma, però, qui; il Durante, fra gli altri, prosegue con una lunga serie di questioni sempre sul complesso e delicato rapporto fra sentenze invalide ed appello. Ci si chiede, ad esempio, se l'appello di sentenza invalida possa portare alla sua conferma nel caso di piena consapevolezza dei vizi dell'atto da parte dell'appellante: egli propende per la soluzione negativa, evidenziando qui l'assoluta insanabilità della sentenza nulla *ipso iure*⁴⁵. Ancora, che cosa accade per un appello di sentenza invalida non proseguito? Anche qui la sentenza non si convalida e può essere ulteriormente fatta rilevare la sua invalidità⁴⁶.

La posizione della dottrina sulla materia si vede, dunque, stretta fra le contrapposte esigenze di assicurare da una parte la perpetua esperibilità delle nullità *ipso iure*, e – dall'altra – di attribuire alle decisioni del giudice dell'impugnazione il pieno valore di giudicato: in questo senso, pur ribadendo la generale insanabilità delle decisioni viziate *ipso iure*, la dottrina medievale giustifica l'ammissibilità della espressa convalida ottenuta in appello⁴⁷. Salvo questa situazione, dunque, la nullità è sempre esperibile ed ha, dunque, ampio spazio e diffusa operatività nell'ambito del sistema processuale.

C'è, peraltro, un punto emblematico nella lunga esposizione sul tema dello *Speculator* in cui sembra emergere una significativa graduazione delle invalidità con riferimento al motivo dell'invalidità ed agli atti d'appello di sentenze invalide: beninteso, ci si muove ancora nell'ambito delle invalidità *ipso iure*, ma con un'importante differenziazione: per alcune di esse, infatti, è assolutamente inutile e superfluo un qualunque procedimento atto a

⁴⁵ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 25. Cfr. D. 50,17,29.

⁴⁶ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, § *Iuxta* n. 26.

⁴⁷ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 43-52, che menziona l'opinione del Durante a p. 45, nota 63.

rilevare la situazione di nullità assoluta, poiché la patologia è riconoscibile da parte di chiunque. In altre situazioni, invece, può essere opportuno operare in vista di un accertamento della nullità *ipso iure* per mettere fine ad una situazione di possibile incertezza. Le situazioni del primo tipo si rifanno a motivi d'invalidità, che hanno viziato il procedimento fin dalla sua origine (come il processo condotto da un giudice scomunicato), mentre nelle sentenze del secondo tipo la patologia si riferisce alla sentenza in sé o a momenti successivi all'instaurarsi del rapporto processuale⁴⁸.

È ammissibile, dunque, secondo il Durante un 'libello' (da presentarsi o al giudice di appello o allo stesso giudice) del tipo «Dico sententiam nullam, et si qua est, appello»⁴⁹. In realtà questa prassi, anche se considerata dal Durante con un certo sfavore, individua una direzione ormai inarrestabile, che porterà alla costruzione di una specifica azione di nullità ed alla cosiddetta *querela nullitatis*. Se, dunque, è configurabile una qualche iniziativa processuale contro alcuni tipi di sentenza invalida, quale è il giudice competente per tale istanza? Può essere il giudice d'appello, ma il Durante ritiene di indicare più correttamente il giudice *a quo*:

«Item causae appellationis et nullitatis non possunt coram eodem iudice tractari. Nam causa nullitatis debet tractari coram eo qui de principali cognovit et tunc de iure ordinario pronunciat. ... Causa vero appellationis apud alium, scilicet apud superiorem»⁵⁰.

Il punto è assai delicato, non privo di ambiguità, e troverà una soluzione teorica ed operativa soddisfacente soltanto nei

⁴⁸ Il Durante conduce qui il discorso senza riferimenti alle fonti o alla dottrina precedente; in effetti la sua posizione reca punti di novità di un certo rilievo.

⁴⁹ Cfr. *Speculum...* cit., p. 838, § *In* n. 18: «Appellare a sententia, quae nulla est non est necesse appellari, puta si non continet absolutionem, vel condemnationem». Va osservato come il Durante faccia propria l'impostazione già introdotta nella civilistica

⁵⁰ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 805, *Iuxta* n. 29.

successivi *Commentaria* di Bartolo da Sassoferrato, che costituiscono una sorta di punto di arrivo di un lungo percorso della dottrina che attraversa tutto lo svolgimento del diritto comune classico e che per la sua importanza è opportuno richiamare⁵¹.

⁵¹ «Consuetudo tale appellationem admittit facit textus in d.c. constitutus, extra de in integrum restitutione [X. 1,41,8], et minime mutanda sunt quae interpretationem certam semper habuerunt. Tamen pro clariori intellectu praedictorum, et ad probandum quod opinio praedicta etiam de iure procedit, hoc examinare habemus circa tria. Primo circa ipsam appellationem, quae interponitur coram iudice a quo. Secundo circa libellum, qui datur iudici ad quem. Tertio circa prosecutionem ipsius libelli et appellationis.

Circa primum dico, quod de iure possum dicere: 'dico sententiam nullam, et si qua appello', quod probo. Appellatio si recte inscipitur non est proprie actus iudicialis, quia in ea causa nullus iudicis actus requiritur et potest fieri die feriato. Solum enim ex libera potestate dependet, sed in his quae ex libera potestate dependent non prohibemur duas causas contrarias conditionaliter, seu alternative proponere, etiam ad unum effectum, ut promitto tibi decem si navis ex Asia venerit, vel non venerit. Et eodem modo dictae causae contrariae possunt proponi ad diversos effectus, ut promitto tibi centum, si navis ex Asia venerit, si non venerit promitto tibi equum. Ita hic, quantum ad effectum devolvendi causam ad superiorem possum istas duas causas cumulare, quasi dicam superiorem provoco, sive sententia sit nulla, sive aliqua sit. Quantum autem ad effectum rescindendi, non propono nisi unam causam sub conditione de praesenti, quae habet suspendere. Dico enim, si aliqua est appello, hoc est beneficium appellandi quo rescinditur sententia, propono. Sed posito, quod appellatio esset actus iudicialis adhuc idem est. Nam licet appellatio non sit exceptio, nec actio, ut dixi in l. 1 in principio, supra eodem titulo, tamen est quondam ius defensionis: propter illud enim defendimur a sententia quae ius nostrum impugnat. Sive ergo appellatio proponatur ex parte rei, licet ei proponere duas conditiones contrarias conditionaliter. Sive appelletur ex parte actoris, et idem. Nam actor prohibetur plures actiones contrarias proponere, non autem plures replicationes contrarias, immo actori licet. Nam dicit lex, quod replicationes exceptiones sunt, l. II, supra de exceptionibus, eodem titulo, l. nemo [D. 44,1,8] dicit, quod nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti. Notatur quod dicit nemo, quasi dicat, nec actore, nec reus; unde quando actor appellat, est quoddam replicare contra sententiam, quae sibi obiecta est, potest ergo dicere nullam, et si qua est appellare.

Secundo est videndum circa libellum appellatorium, qui datur iudici ad quem, et est hic advertendum, quia cum appellatio sit iam interposita, et sic pronunciatum sit extinctum, videtur quod causae nullitatis et appellationis non sint contrariae, immo quaelibet tendit ad ostendendum sententiam nullam, et ideo talis libellus procedit, et possunt dictae causae accumulari, et sia qua est contrarietatis reperietur, quia est species exceptionis, seu defensionis, ut supra proxime dixit.

Circa tertium scilicet an quo ad causae processum, praedicta duo remedia simul prosequi possint, videndum est» (BARTOLO, *Commentaria in Secundam Digesti...* cit., ad D. 49,1,19, l. *Si expressim*, nn. 4-7).

Bartolo prende posizione in ordine alla prassi radicata di proporre in giudizio un *libellus* del genere «Dico sententiam nullam, et si qua est, appello» in un caso in cui «nullitatem et iniquitatem pono in libello, ut causam appellationis». Già nella proposizione del tema egli supera il semplice accostamento procedurale di appello e invalidità, ma considera l'invalidità come uno dei motivi d'appello; i confini concettuali fra appello e nullità si andavano offuscando, pur in presenza delle fonti giustiniane che distinguevano, invece, nettamente le due fattispecie. Bartolo considera ricevibile un libello di questo genere: in primo luogo, di fatto, la consuetudine dei tribunali dell'epoca lo ammette; inoltre, l'atto di appello è un atto giudiziario del tutto anomalo in cui prevale assolutamente il volere della parte ed è pienamente legittimo che una parte voglia più cose alternativamente. Infine, motivi d'invalidità e motivi d'iniquità della sentenza non sono contrari fra di loro, ma i due rimedi dell'appello e dell'invalidità mirano entrambi alla difesa del soccombente.

Una volta considerata ammissibile tale istanza, Bartolo si chiede come debba procedere il giudice in questo genere di cause. Anzitutto, il giudice deve valutare se è possibile trattare le due cause congiuntamente; se ciò non è possibile, deve trattare prima la causa di nullità⁵². Appello e invalidità conservano ancora una propria individualità; sono due cause distinte e concettualmente diverse, per cui, anche se proposta congiuntamente all'appello, l'invalidità non «perdit naturam suam».

⁵² «Nam quandoque istae duae causae habent originem ex diversis fontibus, ut puta, dico sententiam nullam quia lata contra minorem indefensum, dico eam iniustam respectu tenoris ipsius. Certa potero facere articulos, et probationes simul super unaquaque, cum in hoc nulla resultet proprietas. Quandoque istae duae causae habent originem ex eodem fonte, et hoc potest esse dupliciter. Nam quandoque eadem causa potest esse nullitatis, et iniquitatis, diversis respectibus. Exemplum, dico sententiam nullam, quia lata contra minorem indefensum. Item dico iniquam, quia promissio, ex qua sum condemnatus, fuit facta a minore, sine curatoris auctoritate. ... Quarto videndum est de modo sentiendi, quando ista duo iudicia sic communiter proponunt. Et si qui dem iudex reperiret sententiam esse nullam, debet pronunciare eam esse nullam, de appellatione autem, si vult, potest nihil dicere» (BARTOLO, *Commentaria in Secundam Digesti...* cit., ad D. 49,1,19, l. *Si expressim*, n. 7)

Se, ad esempio, si decide in merito all'appello, sarà pur sempre possibile sollevare in via di eccezione nel corso del procedimento esecutivo l'*exceptio nullitatis*. Il giudice è chiamato a dire qualcosa innanzitutto sull'invalidità: se la sentenza è nulla, infatti, non occorre statuire in ordine all'appello. Se invece la sentenza è valida, si deve giudicare sulla domanda d'appello.

In tutti questi casi la questione di nullità, una volta sollevata, non potrà più essere riproposta in futuro né in via di azione né in via di eccezione. Un eventuale vizio non rilevato in questa fase del procedimento è, dunque, da intendersi sanato e la sentenza è pienamente convalidata.

C'è, però, un'eccezione a questa ipotesi generale di sanabilità dei vizi non rilevati, che Bartolo fa emergere: se la nullità dipende da un errore «espresso» nella stessa sentenza, tale vizio si trasmette alla decisione del giudice d'appello e potrà essere fatto valere anche in seguito:

«Quando sententia prima est nulla ipso iure, expresse errore in sententia»⁵³.

Cercando di cogliere il passaggio dalla posizione del Durante a quella assai più evoluta di Bartolo, risulta chiaro in entrambi che la questione di nullità è di natura diversa da quella d'appello ed in caso di suo accertamento conclude inevitabilmente il procedimento. Può, al limite, essere considerata pregiudiziale e condizionante un successivo giudizio d'appello. Il Durante, peraltro, si limita ad attestarsi a considerare preferibile proporre la questione di nullità al giudice principale e, in caso di pronuncia negativa, proporre, in un secondo momento, l'appello⁵⁴, mentre con Bartolo ci si spinge molto più avanti, giun-

⁵³ BARTOLO, *Commentaria in Secundam Digesti...* cit., ad D. 49,1,19, l. *Si expresse*, nn. 1-2.

⁵⁴ Significativo è il seguente passo dello *Speculum*: «An condemnatus potest sic concipere libellum, peto sententiam contra me de facto latam nullam pronunciari, et an talis libellus admitatur, peto sententiam nullam pronunciari, et si aliqua esset, eam peto cassari, vel (vel) contra eam restitui, vide in prol. § iuxta. versi. nunquid ergo et seq.» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. IIII, partic. II, *De Sententia et re iudicata*, pp.

gendo a riconoscere una espressa possibilità di sanatoria per le sentenze invalide non impugnate nei termini dell'appello⁵⁵.

Anche la dottrina tardo duecentesca non escludeva, peraltro, per ragioni di economia processuale, che il giudice di appello potesse decidere pregiudizialmente la questione di nullità ed eventualmente proseguire nel riesame della causa, restando ferma, comunque, la possibilità di ottenere ancora (a questo punto praticamente solo nelle more della pronuncia di appello, ma teoricamente anche dopo) l'accertamento dell'invalidità della sentenza. La situazione non è semplice; la ribadita affermazione dell'invalidità assoluta ed esperibile *in perpetuum* della sentenza comporta non pochi problemi pratici e teorici che mettono a dura prova la celerità dei procedimenti e la certezza delle pronuncie. Si possono ben comprendere, perciò, le diverse ipotesi formulate nel tentativo di rendere nel complesso più agile e flessibile il sistema, devitalizzando per molti versi la portata rigorosa dei principi della nullità assoluta.

Vengono enunciati con precisione i diversi motivi d'invalidità assoluta della sentenza. Tali figure di nullità sono – almeno in linea di principio – insanabili e rilevabili *in perpetuum*. Il Durante ne individua alcune più gravi (classificabili – secondo i nostri parametri – come veri e propri casi di inesistenza giuridica) ed altre pur sempre assolute, ma sulle quali è opportuna una ponderata valutazione giudiziale. Per queste ultime, come già si è potuto rilevare, è lecito proporre una precisa istanza (non un'*actio*, però) d'invalidità (comunque imprescrittibile) al giudice principale, ma è pure ammissibile una pronuncia pregiudiziale del giudice di appello (o di quello *a quo*).

288-289, § *In hoc* n. 3: il passo è tratto dall'edizione del 1566. Lo si può leggere con lievissime modifiche anche nell'edizione del 1576, lib. IIII, partic. II, p. 189 n. 3). Il passo è molto efficace; nessun dubbio che il giudice operi una pronuncia sulla nullità come pregiudiziale all'esperimento possibile degli altri rimedi contro una sentenza viziata, ma non invalida *ipso iure*. Si osservi il rimando al § *Iuxta* ed ai numerosi passi del Durante già riferiti. Nel complesso esso rappresenta un'importante conferma della lettura proposta.

⁵⁵ Si tratta del riconoscimento della funzione specifica della *querela nullitatis*.

Si può individuare, dunque, una serie cospicua d'invalidità assolute, in cui la pronuncia sulla nullità (anche se di mero accertamento) è utile ed opportuna. La costruzione del Durante, sulla linea di quanto già individuato dai glossatori e dai più importanti *ordines iudicarii* (come quello di Tancredi), conduce, nel complesso, ad allontanarsi dal sistema delle invalidità della sentenza delineato a suo tempo dal diritto romano (fondato sull'identità fra invalidità ed inesistenza della decisione) per approdare ad una concezione della sentenza invalida come sentenza senz'altro assolutamente inefficace ed irrilevante per il diritto, ma comunque esistente (*de facto* e *de iure*).

L'invalidità della sentenza appare perciò inserita in un sistema processuale in evoluzione, qualificata da caratteri polivalenti, riconducibili in ogni caso ad un concetto d'invalidità ben distinto da quello dell'inesistenza. Per tale motivo è auspicabile una pronuncia giudiziale che venga ad accertare la stessa invalidità e che di conseguenza elimini dall'ordinamento una possibile situazione di incertezza. Ed è quest'ultimo un punto di non ritorno all'interno dell'evoluzione medievale delle invalidità: da ora in poi la discussione sulle invalidità cesserà di essere – per lo più – la dialettica fra inesistenza ed esistenza, ma si orienterà nel delineare nella prassi e nella dottrina le diverse sfumature dell'invalidità di una sentenza comunque esistente. Da questo sforzo concettuale ed applicativo nasceranno nel diritto comune maturo, già con una certa precisione teorica, le avvisaglie di quella differenziazione fra sentenze nulle ed annullabili (nulle in maniera insanabile o nulle in maniera sanabile) di un incontestabile rilievo per tutto lo sviluppo successivo della disciplina delle invalidità delle sentenze fino all'epoca contemporanea.

Come ulteriore precisazione occorre far presente che la dialettica fra annullamento ed impugnazione si configura su due piani. Anzitutto, è un confronto a livello di costruzione concettuale di due istituti diversi per natura e finalità. In secondo luogo, si può rilevare un piano pratico ed applicativo delle diverse soluzioni previste dall'ordinamento per ottenere la riforma

di una decisione impugnabile e l'eliminazione di una decisione nulla (o annullabile).

I due piani non sono estranei, ma si condizionano vicendevolmente. In un'opera come lo *Speculum*, poi, i punti di contatto e talvolta di contraddizione fra i diversi istituti ed i vari concetti sono assai frequenti; per il presente discorso è abbastanza facile cogliere punti di contatto e di identità fra i diversi concetti a livello di effetti e di pratica applicazione dei rimedi, mentre sotto il profilo strutturale risaltano alcune differenze⁵⁶.

⁵⁶ Tratti di tale percorso sono ricostruiti, ad esempio, in F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 25-145 ed in A. HANSSEN; *De sanctione nullitatis in processu canonico*, in «Apollinaris», XI (1938), pp. 71-110, 215-263, 381-403 e XII (1939), pp. 198-251 l'intero saggio e nello specifico alle pp. 76-91. Per tutti può essere significativo riportare alcuni passi dell'opera cinquecentesca del giurista Sigismondo Scaccia, in cui si possono vedere alcuni degli elementi di sviluppo già presenti nell'opera durante giunti a sviluppo ed a sistematizzazione; in particolare si rileva facilmente la piena distinzione fra le fattispecie nulle e quelle annullabili e la legittima utilizzazione dell'appello come impugnativa di annullabilità: «Nullitas sententiae dupliciter deduci potest, principaliter scilicet, et incidenter, seu adherente appellationi. ... Et quod condemnatus possit proponere dupliciter querelam de nullitate, videlicet in modum agendi, vel in modum excipiendi, scribit Papien. et ita communiter omnes in diversis locis. Contra hanc conclusionem oppono; quia imo de nullitate potest agi quinque modis. Primo per viam appellationis, quando scilicet appellatur a sententia, quia est nulla. Secundo, quando appellatur simpliciter, quo casu nullitas venit accessorie, et incidenter in appellatione. Tertio, quando nullitas intentatur aequae principaliter cum appellatione, dicendo, sententiam esse nullam, et si quae est appello. Quarto, quando nullitas intentatur de per se principaliter. quinto, quando nullitas intentatur per viam exceptionis» (S. SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, Leodii 1625, II, Quaestio XIX, p. 532). «Nullitas deducta per viam actionis non impedit executionem. ... Et quod isto casu nullitas non operetur effectum suspensivum, ut sententia non praesumatur iusta, scribit Rebuff., dicens, quod, nullitate processus pendente, solet exequi sententia, etc. hancque opinionem late prosequitur, et defendit Lancelot., et eam esse veriore et communior testatur. Ratio huius conclusionis est, quia cum nullitas, quae proponitur agendo, requirat telam ordinariam iudicii, et executio debeat fieri summarie, illa via ordinaria non potest excludere executivam, vel quia, cum nullitas in iudicio ordinario desideret et expectet sententiam, quae declaret sententiam nullam, non potest tamen impedire executionem sententiae, quia esset dare executionem sententiae, prius quam ipsa sententia ferretur contra regulas iuris» (S. SCACCIA, *op. cit.*, II, Quaestio XIX, p. 534). Sull'opera di Scaccia si veda, per tutti, R. DE LAURENTIIS, *Sigismondo Scaccia (1564?-1634) fra pratica e teoria giuridica agli inizi dell'età moderna*, Roma 1993.

2.3. *Le impugnazioni della sentenza quale strumento di annullamento*⁵⁷.

La dottrina del diritto comune supera, dunque, senz'altro la rigida identità romana fra nullità ed inesistenza; occorre ora vedere come la sua riflessione si muova tutta nel delineare le caratteristiche ed i rimedi previsti per le sentenze insanabili (pure con differenziazioni) e configuri i casi di sentenze viziate (e dunque invalide), ma sanabili. Inoltre, occorre valutare come queste ultime si distinguano dalle situazioni di mera impugnabilità ed appellabilità. Le effettive indicazioni testuali sono poche: occorre muoversi pertanto con molta cautela.

Peraltro, ad un'attenta lettura dei passi dello *Speculum* affiorano due elementi: in primo luogo emerge l'esistenza di alcune figure d'invalidità non assimilabili alle nullità *ipso iure* già esaminate ed in secondo si affermano situazioni per cui il profilo dell'annullabilità della sentenza viene ad essere compreso entro quello della generica impugnabilità⁵⁸. E questi due elementi emergono inscindibilmente legati fra loro.

Nel primo ambito si possono rilevare, ad esempio, tipologie poco definite di invalidità, in cui è difficile vedere un regime rigoroso di nullità *ipso iure*; ad esse si attagliano più facilmente caratteristiche di relatività e sanabilità. Un passo significativo per tutti è quello già riferito, che prende spunto da un'opinione diffusa in dottrina, secondo cui l'annullamento tende a confondersi con la modifica in appello della sentenza viziata⁵⁹. Ebbene, queste situazioni – per così dire – «intermedie» d'invalidità emergono specialmente nel contesto dell'affermazione delle intrinse-

⁵⁷ In generale si veda, con qualche accenno anche allo sviluppo storico, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili...* cit., pp. 2-48.

⁵⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 2-20.

⁵⁹ G. DURANTE, *Speculum...* cit., lib. III, partic. II, p. 189 n. 3. Occorre osservare che, al di là delle impostazioni teoriche e strettamente dottrinarie, sia l'appello che la *restitutio in integrum* hanno, da un punto di vista meramente pratico ed operativo, effetti (anche se impliciti) senz'altro invalidanti: per riformare una sentenza o per ritornare ad una situazione precedente occorre eliminare la sentenza già pronunciata; cfr. A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 1-33.

che differenze accolte dalla dottrina medievale fra invalidità ed appello, in cui si inseriscono – come un *tertium genus* – altri casi di sentenza invalida, ma non nulla *ipso iure*.

Nello spazio operativo e concettuale che si apre fra le nullità *ipso iure* e le impugnazioni, s'inseriscono situazioni di sentenze pur sempre invalide, ma non radicalmente nulle. In questa prospettiva, il Durante, facendo propria la sensibilità caratteristica dei maggiori civilisti e canonisti (come Azzone e l'Ostiense) mostra di percepire le differenze concettuali e di trattamento che distinguono l'una dall'altra le diverse invalidità della sentenza⁶⁰.

Così nell'esaminare il rapporto fra invalidità ed impugnazione delle decisioni emergono alcuni brani che accostano sentenze nulle, sentenze annullabili e sentenze impugnabili, offrendo interessanti notazioni in ordine al relativo trattamento giuridico e giudiziario. Il passo più importante è il seguente:

«Tu tamen ultra illa, quae ibi not. circa hoc sic distingue: nam sententia aut est nulla, aut est iniusta, aut annullanda. Si sententia est nulla, ut dixi sup. versi. si autem et hoc coram mero executore opponit non cognoscet ipse de hoc, imo supersedebit executioni referendo negotium superiori, extra de re iud. de caetero et in prae capit. si quando [X. 2,27,5 ed X. 1,29,8]. Talis enim sententia non est in re exequenda, ut in prae. l. si praetor extra de re iudic. super [X. 2,27,10 e 12] 25.q.2. si non cognitio [C. 25, q. 2, c. 16 § 4]. Si vero est iniusta, id est contra ius litigatoris lata, ex odio vel per imprudentiam iudicis et familia, ut ext. de re iudi. cum inter vos. [X. 2,27,13] et de emp. et vendi c. si [X. 3,17,7] et hoc coram executore opponitur non revocabit sententiam, nec de ea cognoscet quia non est cognitor sed executor... In executione enim non quaeritur, an sit iuste pronunciatum... Caeterum si sit annullanda, puta quia lata est contra contumacem po-

⁶⁰ Va ricordato che nell'individuare nelle prime fonti medievali una distinzione fra sentenze nulle e sentenze semplicemente ingiuste, Piero Calamandrei osserva significativamente che: «Ingiustizia e nullità non differirono dunque per qualità di effetto, ché ambedue produssero impugnabilità, ma solo per quantità di effetto, ché la sentenza *nulla*, come quella che si considerava più viziata della sentenza *iniusta*, fu anche, per così dire, *più impugnabile*» (P. CALAMANDREI, *La teoria dell'error...* cit., p. 151).

stea probante iustam causam absentiae, quo casu ordinarius debet illum in integrum restituere, ut ext. de re iud. [X. 2,27]»⁶¹.

Il rilievo della classificazione qui proposta è evidente: si affaccia sulla scena un tipo nuovo d'invalidità, quella delle sentenze *annullandae*; tali decisioni sono considerate non viziate così gravemente come le sentenze nulle *ipso iure*, né assimilabili a quelle appellabili⁶². Per le sentenze annullabili è possibile agire – almeno con riferimento all'esempio qui riportato dal Durante – mediante *in integrum restitutio*; a dire il vero, però, tale soluzione pone qualche problema. Se la *restitutio in integrum* può essere, infatti, utilizzata in qualche caso come un buon strumento di annullamento di sentenze invalide, non credo si possa generalizzare tale utilizzo, né si può ritenere che l'istituto della *restitutio* possa piegarsi così facilmente a svolgere compiti che sono estranei alla sua natura⁶³. Si può piuttosto considerare che il Du-

⁶¹ G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 820, § *Nunc* n. 5. Accosta i concetti di annullamento ed impugnazione Filippo Vassalli; cfr. F. VASSALLI, *L'antitesi 'Ius-Factum'*... cit., pp. 9-20.

⁶² Acuti in tema sono i passi del Galeotti. Cfr. A. GALEOTTI, *Margarita...* cit., fol. 152-155.

⁶³ Il Raggi, nel suo ampio e pregevole studio sulla *restitutio in integrum* nel diritto romano, ha ritenuto di vedere un utilizzo generale dell'istituto della *restitutio* nel medioevo come surrogato dell'azione di annullamento contrattuale e processuale; credo che la sua posizione sia estrema e, peraltro, supportata soltanto da frammentaria documentazione nelle fonti: cfr. L. RAGGI, *La restitutio...* cit., pp. 242-248. È stato soprattutto Andrea Bettetini, più di recente, a sottolineare le peculiarità concettuali e teleologiche della *restitutio in integrum* come rimedio non utilizzabile per ottenere l'annullamento di sentenze invalide. La funzione rescissoria della *restitutio* interviene, infatti, di per sé, nei confronti di una sentenza valida e pienamente esistente: cfr. A. BETTETINI, *La restitutio in integrum...* cit., pp. 26-33. Si può senz'altro aderire alle conclusioni del Bettetini. Un passo di Bartolo situa con precisione l'approdo della dottrina medievale sul punto: «Quaero, quid in causa restitutionis an procedat talis libellus dico sententia nulla et si qua est peto restitui, et idem in aliis actibus quibuscumque? Textus videtur quod sic, Extra de in integrum restituitio, c. constitutus [X. 1,41,8], quod consuetudo approbat, et de iure videtur vero verum, quia in integrum restitutio continet quandam speciem defensionis, hoc est exceptionem, vel replicationem adversus istum actum, qui ledit minorem, sicut supra dictum est de appellatione» (BARTOLO, *Commentaria in Secundam...* cit., ad D. 49,1,19 l. *Si expressim*).

rante documenti ed asseveri una situazione ormai diffusa nella prassi (ed ormai entrata nella dottrina) di considerare alcuni tipi di vizi della sentenza non così gravi e radicali da implicare una nullità *ipso iure*⁶⁴; al contempo, si enuclea la necessità di individuare uno strumento processuale adeguato ad ‘azionare’ giudizialmente tali situazioni⁶⁵: da un punto di vista pratico, nei casi evidenziati nello *Speculum*, il ricorso alla *restitutio in integrum* è, inoltre, il tentativo di paralizzare taluni effetti del procedimento per ripartire dal punto in cui si è verificato l’evento invalidante del processo (e non – come nella struttura classica della *restitutio* – il ritorno all’inizio della procedura).

Da un punto di vista di complessiva analisi delle invalidità e delle impugnazioni, l’utilizzazione della *restitutio in integrum* configura un passaggio non definitivo e non privo di qualche ambiguità da parte della dottrina, che rimane – in tal senso – in certa misura legata a schemi tradizionali; la stessa dottrina, peraltro, si mostra, dai molti elementi d’innovazione presenti nell’opera dei glossatori e di un giurista come Guglielmo Durante, ormai matura per l’elaborazione, frutto della proficua integrazione della stessa con la legislazione statutaria, del nuovo ed importante istituto della *querela nullitatis*.

Nel complesso, risulta, dunque, nella riflessione della dottrina del primo periodo del diritto comune un’interessante situazione di coesistenza fra invalidità e mezzi di impugnazione, situazione propria di un momento di passaggio e di svolta nella valutazione complessiva del regime e del trattamento dei vizi della sentenza. Il quadro, ora, può essere più compiutamente deli-

⁶⁴ Arthur Skedl accenna a queste fattispecie d’invalidità definendole «nullità sanabili»; ritengo più corretto utilizzare il termine più generico di «invalidità sanabili»: cfr. A. SKEDL, *Die Nichtigkeitbeschwerde...* cit., pp. 136-139.

⁶⁵ Pur con qualche generalizzazione non del tutto accettabile, si veda A. GUARNERI, *L’azione di nullità...* cit., pp. 47-52. Occorre, pertanto, distinguere in un discorso generale fra una vera e propria – eventuale – *actio nullitatis* ed una più generica *actio ad annullandum*, così come è possibile vedere fra le *petitiones* una differenza fra la *petitio nullitatis* e la *petitio annullandi*.

neato da una più analitica carrellata dei mezzi d'impugnazione della sentenza individuati da Guglielmo Durante⁶⁶.

3. *Le origini della querela nullitatis nel complesso delle impugnazioni*⁶⁷.

Le impugnazioni si rivolgono nei confronti di una sentenza considerata valida dall'ordinamento, ma in qualche modo errata o ingiusta in modo tale da essere considerata con un certo sfavore da parte dell'ordinamento stesso, che ne consente (o ne auspica) la modifica. Si badi che questa della modifica è una possibilità concessa, attraverso i mezzi ordinari d'impugnazione, alle parti interessate, possibilità generalmente limitata nel tempo, trascorso il quale la sentenza diviene intoccabile. Restano a questo punto aperte soltanto le vie eccezionali dei mezzi straordinari d'impugnazione⁶⁸.

Ben diverso è dunque, da un punto di vista teorico, il regime delle sentenze invalide rispetto a quelle impugnabili; i punti di contatto e di possibile integrazione si notano, però, nella trattazione di Guglielmo Durante e nella dottrina esaminata, da un

⁶⁶ Ritengo, inoltre, di fare rientrare fra le situazioni di annullabilità i sei casi di sentenza che devono essere obbligatoriamente motivati, quando tale motivazione manchi. L'obbligo di motivare, non è imposto a pena di nullità assoluta, ma si può cogliere fra le righe una sanzione affievolita come l'annullabilità. I sei casi sono individuati in F. MANCUSO, *Esprimere causam...* cit., pp. 195-203.

⁶⁷ Per un quadro complessivo dei concetti d'impugnazione e *querela nullitatis*, anche in prospettiva storica, si possono richiamare ancora una volta: P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, cit., pp. 245-283; ID., *Sopravvivenza della querela...* cit., in *Opere...* cit., pp. 515-529; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili...* cit., *passim*; G. RENARD, *L'idée d'annullabilité...* cit., pp. 214-248 e 327-364; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile...* cit., *passim*. Interessanti pure le osservazioni generali del Messineo in ordine all'identità teleologica di annullabilità ed impugnazione: F. MESSINEO, *Annulabilità ed annullamento...* cit., pp. 468-470.

⁶⁸ I mezzi ordinari sono proposti contro le sentenze non passate in giudicato, quelli straordinari contro quelle passate in giudicato: per tutti cfr. A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili...* cit., pp. 37-40. Si veda, per il periodo medievale, L. MUSSELLI, *Il giudicato civile...* cit., in specie pp. 23-84.

punto di vista pratico ed in un'ottica più specificamente procedurale⁶⁹. L'analisi di alcuni passi dello *Speculum* consente, infatti,

⁶⁹ Due osservazioni critiche. Anzitutto occorre ribadire a questo punto una certa insoddisfazione a proposito della storiografia sulla *querela nullitatis*. Quasi tutti gli studi riprendono il materiale e le conclusioni dello Skedl, pregevoli, ma poco documentate per quanto riguarda la dottrina e gli statuti anteriori al 1300. La ricostruzione in questione risulta abbagliata, inoltre, dall'assetto compiuto della *querela nullitatis* rinvenibile solamente negli statuti del 1300 maturo e del 1400 e nella dottrina del diritto comune maturo e difetta, dunque, in parte di profondità storica: la veste dell'istituto nei secoli precedenti non era, invece, così ben definita come a molta critica poté sembrare. Una seconda osservazione è sul ruolo, sempre molto enfatizzato, degli statuti comunali. L'importanza delle legislazioni comunali è indubbia, ma – anche qui – occorre valutare con attenzione il percorso storico; in tal senso gli istituti più antichi sono – a meno di qualche significativa eccezione – poveri di spunti testuali espliciti e di univoco significato. In proposito mi permetto di rimandare alle osservazioni già proposte: cfr. *supra*, cap. V, in cui appare il ruolo innovativo degli statuti comunali, senza però dimenticare l'indispensabile recezione da parte della dottrina delle pur 'ardite' innovazioni dello *ius proprium*. Può essere interessante riproporre anche qui alcuni passi degli statuti dei primi anni del Trecento, che fotografano lo stato della questione in un'epoca assai vicina a quella della sintesi dello *Speculum*, che contengono significativi elementi di innovazione, poi recepiti con precisione dai giuristi successivi, come ad esempio Bartolo. Statuto del Comune di Pisa del 1313: «Et quicumque appellaverit a suprascriptis sententiis, aut aliqua earum, vel a consiliis; vel eas, sive aliquod eorum, poterit annullari. ... Et iudices curie appellationis qui ipsam appellationem, seu querelam nullitatis, recipient; et notarius qui inde scripturam aliquam faceret, in tantum pene nomine, a predictis Potestate vel capitaneo, ut supra de appellante sive nullam dicente, dicitur, condempnetur, et quilibet eorum condempnetur» (*Breve pisani Communis anni MCCCXIII*, cit., pp. 200-201). Statuti del Comune di Treviso del 1315: «De nullitate sententie. Decernimus quod nulla sententia possit dici nulla nisi fuerit definitiva vel que totam terminet questionem seu que executionem secum trahat seu exauriat et absorbeat vires negotii principales. Et si quis voluerit aliquam sententiam dicere nullam, illam debeat dicere nullam infra decem dies a tempore late sententie» (*Gli statuti del comune di Treviso...* cit., pp. 50-51; Statuto del Comune di Arezzo del 1327: «De appellationibus et earum cognitione. Statutum est quod possit appellari a diffinita sententia in civilibus questionibus de uno iudicem curie potestatis civitatis Aretii, et ab ipso potestate ad dominos Defensores vel eorum vicarium. Que appellatio debeat diffiniri infra quadraginta dies utiles a die sententie numerandos, alias prima sententia firma maneat. Et semel appellans non possit ulterius appellare, et idem modus servetur in alio qui a sententia lata super appellatione voluerit appellare. Et qui semel de nullitate egerit, non possit ulterius de nullitate agendo vel excipiendo proporre contra ipsam tertiam sententiam in iudicio proferendam vel aliam sententiam que sequeretur ex ea super causa secunde appellationis. Et possit dici nulla sententia diffinita sive coram iudice, qui tulit eam vel coram alio iudice, sicut placuerit de nullitate

di abbozzare i capisaldi dello sviluppo storico dei due istituti dell'impugnazione e dell'invalidazione (annullamento). A grandi linee si è registrato il punto di partenza romanistico e della primissima scuola bolognese che segna la distanza assoluta, la totale incomunicabilità fra i due mondi delle impugnazioni e dell'annullamento.

L'utilizzo 'anomalo' dell'appello, sempre più diffuso e sempre più accettato dalla dottrina (come si può vedere con Azzone prima e con il Durante poi), segna una tappa significativa dello sgretolamento dell'impostazione antica; nella nuova posizione il dialogo fra i due ambiti, non del tutto consequenziale sul piano giuridico ma equo su quello pratico, si fa frequente e, se pure non giunge a modificare del tutto la costruzione teorica, riflette i punti di contatto fra le finalità dei diversi istituti.

Peraltro, con l'andar del tempo, lo sviluppo della riflessione della scuola del diritto comune portò alla considerazione maggioritaria dell'invalidità della sentenza come invalidità sanabile (agibile mediante uno specifico mezzo come la *querela nullitatis*), mentre nella pratica venne a favorirsi (al di là delle precise differenziazioni teoriche e dottrinali) l'incontro fra i due istituti, per lo più utilizzati entrambi dagli avvocati alla stregua di ordinari mezzi di impugnazione e di gravame. In questa direzione, il processo di assimilazione pratica e teleologica dei due istituti potrà dirsi compiuto con il tardo diritto comune e i codici di rito, ove si afferma il generale principio dell'assorbimento dei motivi di nullità negli ordinari mezzi di gravame.

agere volenti. Qui similiter causa nullitatis infra dicta tempora debeat terminari; quod si factum non fuerit ipsa sententia maneat in roboris firmitate. Ipsa tamen tempora possint et consensu partium prorogari» (*Statuto di Arezzo (1327)*, cit., p. 164). Sull'applicazione dei precetti di giustizia nell'ambito degli statuti comunali – oltre alle indicazioni già riportate *supra*, cap. V – di rilievo sono le osservazioni di M. MECCARELLI, *Statuti, «potestas statuendi» e «arbitrium»: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale*, in *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli Piceno nel secolo XIV. Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della dodicesima edizione del «Premio internazionale Ascoli Piceno»*. Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998, a c. E. MENESTÒ, Spoleto 1999, pp. 87-124.

Per questi motivi è di un certo interesse seguire l'impostazione del tema nel § *Quoniam* dello *Speculum*. La trattazione del Durante, pur riprendendo la tradizione della glossa, offre una visione più precisa e progredita del problema: egli prevede, infatti, le tre figure classiche e generali d'impugnazione dell'appello, della *restitutio in integrum* e della *supplicatio*, a cui si aggiungono altri rimedi di applicazione più circoscritta, come la semplice «petitio» o la *querela falsi*. Risulta essere l'appello il mezzo ordinario d'impugnazione (e di gravame)⁷⁰, mentre la *supplicatio* e la *restitutio* sono rimedi straordinari⁷¹. Tutti questi rimedi intendono sottoporre ad un riesame e all'eventuale riforma sentenze considerate valide, ma emergono pure i primi elementi della costruzione di rimedi specificamente dedicati alla situazione giuridica delle sentenze invalide:

«§ Quoniam supra § proximo dicimus quando sententia sit ipso iure nulla, consequens est ut dicamus quibus remediis valida sublevetur, seu impugnetur, seu retractetur. Et not. quod septem modis generaliter.

Primo per appellationem ut 2.q.6 § 1 et c. 1 [C. 2, q. 6, c. 1 §1] de qua infra de appell. Secundo per supplicationem de qua infra de supplic. Tertio per in integrum restitutionem. Quarto per simplicem petitionem in illis casibus in quibus iudex potest suam sententia revocare ... Quinto per querelam falsi de qua statim infra dicetur. Sextus per implorationem tristis auxiliis ut si sententia alia lata sit contra servum, ille appellare non potest, sed permittitur ei implorare triste auxilium, ff. de appell. servi [D. 49,1,15]. Septimo quando post sententiam nullo remedio attentatam iterum de causa cognoscitur, ut extra de re iud. cum Bertholdus. versi. licet. autem. [X. 2,27,18] ubi de hoc secundum Papam; et licet ab ea appellatum non fuerit, tamen propter aequitatem supervenientes casus retractatur, et ab ea receditur... Et not. quod

⁷⁰ Notazioni di rilievo in P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza...* cit., pp. 265-280 e J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitiata...* cit., pp. 322-328.

⁷¹ Buona sintesi dei rimedi previsti dal diritto comune in G. PUGLIESE, *Giudicato civile...* cit., pp. 757-784.

cum sententia dicitur nulla ipso iure, sine temporis praefinitione retractari potest, ut dixi supra § prox. versis⁷².

I sette rimedi – nella sintesi operata dallo *Speculum* – coprono in linea generale la totalità dei casi di impugnazione delle sentenze, sia valide sia invalide, con riferimento sia alla via ordinaria sia a quella straordinaria: ogni rimedio ha le sue regole e, soprattutto, la definizione dei tempi entro cui può essere utilizzato. La decadenza della facoltà di impugnare è rigida e tassativa per i rimedi ordinari (dieci giorni, ad esempio, per l'appello), più elastica, ma pur sempre definita, per gli altri rimedi. Il termine ordinario di decadenza dell'appello, fissato in dieci giorni già nelle fonti⁷³, è presente anche in alcune disposizioni degli statuti comunali come termine preclusivo per la proposizione della *querela nullitatis*⁷⁴. A questo preciso sistema di preclusioni delle azioni, trascorso un tempo stabilito, è da contrapporre il regime delle sentenze nulle *ipso iure*, la cui patologia può essere rilevata senza alcun limite di tempo e senza necessità di specifiche formalità⁷⁵.

Vi è, dunque, la riaffermazione di una certa distanza teorica delle impugnazioni e delle invalidità, anche se si nota per le impugnazioni un utilizzo di termini (come «retractare» o «sublevare») che in qualche misura vengono utilizzati anche nell'ambito delle situazioni di invalidità⁷⁶: ciò può far pensare ad un progres-

⁷² G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 806, § *Quoniam* n. 1-2.

⁷³ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., I, pp. 91-101.

⁷⁴ Esempi *supra*, nota 69 e *supra*, cap. V.

⁷⁵ Due esempi interessanti di sentenze impugnabili, riportati dal Durante sono quelli della sentenza condizionale e di quella resa *contra ius litigatoris*; rientrano questi due casi fra quelli speciali d'impugnazione.

⁷⁶ In Tancredi il problema era stato oggetto di una certa attenzione nell'intero titolo *De appellationibus* (*Ordo iudiciarius*, cit., pp. 290-305). Per tutti si legga il passo seguente: «Prosecutio vero appellationis cuiuslibet intra annum fieri debet, vel, si iusta causa intervenerit, indulgetur biennium, intra quod tempus appellator per se vel communiter cum adversario litem exsequatur; – quo transacto, lite non completa, rata manet sententia, quia tunc appellatio annullatur. ... Post illud tempus, ut dictum est, rata manet, nisi cum appellator per impotentiam appellationem suam prosecui non potuit, quoniam tunc post biennium suam prosequitur appellationem» (TANCREDI, *op. cit.*, pp. 295-296).

sivo avvicinamento nella prassi fra i diversi rimedi allo scopo eminentemente pratico e processuale di ottenere in ogni caso la paralizzazione degli effetti derivanti da una decisione invalida a qualunque titolo. Si può, poi, ipotizzare per alcuni rimedi, come la semplice «petitio», la loro concreta utilizzazione per quei casi d'invalidità meno grave della nullità *ipso iure*, che già si sono individuati⁷⁷.

È proprio dal punto di vista pratico ed operativo, quanto al regime degli effetti, che si possono valutare i maggiori punti di convergenze nel trattamento delle sentenze impugnabili e di quelle invalide. In questo senso, il Durante utilizza concetti e figure generali adatti a descrivere ed individuare fattispecie diverse, secondo una precisa sensibilità tecnica e secondo la mentalità dell'epoca. Tutto ciò è ben evidente per la trattazione delle impugnazioni, a cui poco sopra si è accennato; ed occorre una certa cautela nella terminologia e nelle definizioni per risolvere l'ultimo quesito che resta a questo punto in sospenso: la presenza nella dottrina duecentesca (ed emblematicamente nell'opera del Durante) della *querela nullitatis*. Non è questo un problema di poco conto: il rimedio della *querela nullitatis*, infatti, rappresenta uno degli istituti processuali più originali elaborati pressoché *ex novo* (pur sulla base di singoli elementi già presenti nell'ordinamento)⁷⁸ dal diritto comune.

Quando accade tutto ciò? Non è semplice rispondere con sicurezza: ciò che è certo è che nel periodo della scuola del commento l'istituto appare già ben formato ed utilizzato nella gran parte dei tribunali.

⁷⁷ Occorre qui notare che anche qualche studioso del diritto attuale, con grande sensibilità storica e giuridica, ha messo in guardia dal distinguere troppo rigidamente gli ambiti dell'invalidità da quelli dell'impugnazione: si veda, ad esempio, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili...* cit., pp. 8-13.

⁷⁸ Una dottrina ormai superata ha cercato di isolare nella struttura compiuta dell'istituto gli elementi di derivazione germanica e quelli di origine romana; si tratta di un tentativo in gran parte velleitario: l'istituto della *querela nullitatis* è, infatti, un istituto di nuova elaborazione che non è riconducibile nella sua totalità a fattori antecedenti: per tutti si veda G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo...* cit., pp. 131-188.

L'emergere del rimedio risale, dunque, alla seconda metà del Duecento, nel periodo in cui opera proprio il Durante, per cui può non essere inutile vedere se nello *Speculum* è rinvenibile, oppure no, la presenza di una figura processuale avente i caratteri di ciò che sarà poi definito da tutti *querela nullitatis*. Volendo ulteriormente precisare: che cosa si deve intendere per *querela nullitatis*? Le origini e la natura dell'istituto, pur oggetto di studi pregevoli da parte di Piero Calamandrei in specie, necessitano di ulteriore chiarificazione: mancano, infatti, negli scritti dello studioso fiorentino, le analisi delle fonti dottrinali e statutarie più antiche. Si può comunque affermare con una certa sicurezza che l'istituto sorge dalla felice combinazione della legislazione statutaria, delle esigenze della prassi e di una attenta riflessione dottrinale a cavallo fra il XIII ed il XIV secolo, come rimedio previsto avverso le sentenze invalide, viziate in modo non irrimediabile e non definitivo.

La *querela nullitatis* implica, dunque, un vero e proprio giudizio su una sentenza considerata invalida, ma esistente e sanabile trascorsi i termini utili per proporre la querela. In questo senso la *querela nullitatis* si avvicina all'appello e può per molti versi accostarsi alle azioni, processuali e non, utilizzate all'epoca dei glossatori e dei commentatori.

L'analisi fino ad ora compiuta (in specie quella dello *Speculum* di Guglielmo Durante) consente di escludere che sia presente nella dottrina del Duecento un istituto avente pienamente le caratteristiche della *querela nullitatis* così come fino ad oggi individuate dagli studiosi. Nell'opera dello *Speculator*, infatti, non risultano compiutamente gli elementi propri dello schema tipo individuato dalla storiografia per la *querela nullitatis*, le cui caratteristiche sono state qui evidenziate a partire dalle fonti, e che si ritrovano anche in testimonianze di un certo interesse della legislazione statutaria⁷⁹.

Peraltro, lo studio dei passi della dottrina giuridica fino allo *Speculum* consente, a mio avviso, di giungere a qualche con-

⁷⁹ Cfr. *supra*, cap. V.

clusione che va al di là delle opinioni ormai stratificate nella storiografia giuridica intorno alle origini della querela di nullità: il giudizio diffuso, cioè, che i giuristi coevi e precedenti ai grandi maestri del Trecento (con l'eccezione di un canonista come l'Ostiense) riproducano con una buona dose di acriticità, in materia di invalidità, gli schemi romanistici e che siano in larga misura impermeabili alle istanze ed alle esigenze diverse della prassi delle corti soprattutto comunali, non convince fino in fondo⁸⁰. Risultano infatti accennati in ordine sparso nell'opera del Durante i singoli elementi che vengono a costituire nel diritto comune maturo l'istituto compiuto della *querela nullitatis*.

Si può notare, in questo senso, che la posizione di un giurista come Guglielmo Durante è quella di una percezione assai attenta delle novità, almeno al pari di un giurista come l'Ostiense: proprio il Durante esprime bene il travaglio dell'epoca di passaggio fra il periodo della scuola della glossa a quello più maturo del commento (per, rivelando di conoscere ed apprezzare le consuetudini locali e la prassi, anche se si discostano dalle lezioni tradizionali sull'invalidità della sentenza come inesistenza).

Ed ancora, il maestro provenzale mostra di operare nello *Speculum* una significativa qualificazione e differenziazione delle invalidità, superando lo schema delle nullità *ipso iure* attraverso un attento utilizzo delle impugnazioni ed individuando talune fattispecie d'invalidità meno gravi rispetto a quelle *ipso iure*. Per queste invalidità egli non prevede espressamente una *querela nullitatis*, così come egli non costruisce una vera propria (formale) azione di accertamento delle nullità *ipso iure*. La dottrina individua come rimedi le tradizionali eccezioni, la possibilità di utilizzare (pur se in via di non normale) mezzi classici d'impugnazione o rivolgere al giudice istanze o petizioni non formalizzate⁸¹.

⁸⁰ Basti richiamare in questo senso l'importanza di un'opera come quella di Tancredi.

⁸¹ Si veda anche, in generale, F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza...* cit., pp. 127-146.

Si tratta perciò di un punto di passaggio e di evoluzione di una certa importanza, che trova una significativa rispondenza nel percorso compiuto parallelamente dalla dottrina in materia di simulazione dei negozi giuridici; anche in questo ambito la riflessione dei giuristi (sia civilisti sia canonisti), accanto alla netta affermazione dell'invalidità assoluta dei negozi simulati per assenza di un requisito essenziale, giunge a sacrificare in alcuni significativi casi le esigenze della verità e della giustizia sostanziale a favore di contrapposte istanze di stabilità e di certezza, conferendo efficacia a taluni negozi simulati tradizionalmente considerati inesistenti e, pertanto, del tutto inefficaci⁸².

⁸² Si veda F. MANCUSO, *La teorica della simulazione...* cit., in specie pp. 41-114 e pp. 205-272. «Il contratto simulato è nullo e la nullità – anche secondo Accursio che in questo caso accoglie i testi azzoniani – discende dal difetto di un elemento essenziale al perfezionamento del negozio. La mancanza di consenso riferito all'apparenza negoziale, al comportamento simulato avente le sembianze di un contratto, fa sì che, nel caso della vendita simulata, a questa non si possa riconoscere alcuna efficacia e che debba affermarsi l'invalidità del *simulatum*. ... Giudicato, transazione e giuramento costituiscono altrettanti casi di deviazione dalla regola della necessaria prevalenza della *rei veritas* rispetto all'apparenza. Esigenze di certezza e stabilità, accompagnate dalla solennità formale, si impongono sul prevalere della verità» (F. MANCUSO, *op. cit.*, p. 113 e p. 84).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Al termine del percorso seguito, nel tentativo di dare una valutazione generale a quanto fino ad ora affermato, occorre rilevare – in via preliminare – la diversa ottica con cui si possono costruire i ragionamenti intorno alle invalidità della sentenza: un primo modo è quello più «ingessato» che individua, ad esempio, le categorie d'invalidità *ipso iure* attingendo soprattutto dalle risultanze giustinianee e da alcuni passi canonici (ad esempio X. 2,2,27). Questa impostazione è alla base – per esempio – del § *Iuxta* dello *Speculum* del Durante nella sua prima parte.

Nella seconda parte dello stesso passo duranteo ed in altri autori, come Azzone, l'Ostiense o Jacques de Révigny si fa strada, invece, un'impostazione diversa e più «flessibile» che individua in concreto i rimedi utilizzabili per eliminare nella pratica le sentenze invalide (sia sanabili, sia insanabili), anche servendosi in modo anomalo del rimedio dell'appello¹.

¹ Una dicotomia metodologica di questo genere è rinvenibile, *mutatis mutandis*, pure nel dibattito dottrinale del secolo XX; riporto di seguito la felice sintesi di alcuni problemi concettuali e definitori proposta da Tullio Ascarelli al termine di un interessante scambio di opinioni con Francesco Carnelutti: «Secondo Carnelutti, se ho ben inteso il pensiero, nullità (assoluta) e inesistenza (giuridicamente) si identificano; tanto vale dire che una fattispecie (Carnelutti parla tuttavia solo di atto e vedremo poi che non esiste in quanto che è nulla, poiché nell'una e nell'altra ipotesi è priva di effetti giuridici. A mio avviso invece ci troviamo di fronte a concetti diversi; con nullità ci riferiamo ad una sanzione dettata dalla norma in relazione ad una fattispecie che, perché possa cadere sotto la sanzione della norma, si suppone perciò esistente. Pertanto con esistenza ed inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie (o di quelle qualificazioni di questa) alla quale si riferisce la norma, mentre con nullità ci riferiamo alla sanzione dettata dalla norma data l'esistenza o l'inesistenza di determinate qualifiche della fattispecie. Certo, praticamente, le conseguenze dell'inesistenza o della nullità (assoluta) possono spesso coincidere, ma ciò non esclude la rilevanza lo-

In linea generale, peraltro, il primo aspetto essenziale della ricostruzione della dottrina medievale, ed in specie della sintesi dello *Speculum* di Guglielmo Durante, è senza dubbio la presenza imponente di una folta tipologia d'invalidità assolute (*ipso iure* e insanabili), che si collocano concettualmente in un ambito molto vicino alla pura inesistenza, anche se da essa si distanziano in certa parte, soprattutto per il rilievo assunto dall'ingiustizia come motivo di invalidità della sentenza (prospettato specialmente in ambiente canonistico). Le sentenze nulle *ipso iure* hanno l'attitudine ad impedire *de facto* (oltre che naturalmente *de iure*) la loro eventuale esecuzione, e resistono senza possibilità di attivare idonee eccezioni al formarsi del giudicato. Esse derivano, per molti versi, dalle figure di sentenza inesistente già individuate dalle fonti giustiniane, ma questo elenco è integrato ed accresciuto da nuovi e rilevanti motivi d'invalidità².

Trovano cittadinanza nella sistemazione dello *Speculum* e degli *ordines iudicarii* (come quello di Tancredi) i tratti dell'elaborazione civilistica e canonistica precedente, armonizzati con

gica della distinzione, e nemmeno la sua rilevanza pratica: questa risulta evidente quando (ed ecco perché il problema è sorto con riferimento ad alcuni istituti prima di proporsi in via generale) la legge prevede solo ipotesi di «annullabilità» o impugnabilità o quando, menzionando la legge accanto all'annullabilità specifici casi di nullità, l'interprete debba domandarsi come disciplinare ipotesi che non possono rientrare nella prima categoria e che la lettera della legge non permette far entrare nella seconda. Acquisirà allora appunto rilevanza il preliminare accertamento della stessa esistenza della fattispecie o delle sue qualifiche» (T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 62. Si veda anche Id. *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V, libro IV, del nostro codice*, in «Banca, borsa e titoli di credito, 7-I (1954), pp. 367 ss.; Id., *Questioni in tema di società per azioni: I) Indivisibilità dell'azione e aumento di capitale. II) Nullità di clausole statutarie, vizi dell'adesione e art. 2332 cc.*, in «Banca, borsa e titoli di credito», 8-I (1955), pp. 42 ss. e F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, cit., pp. 208-211. Sull'opera di Tullio Ascarelli, si veda P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico* (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli), in *Assolutismo giuridico...* cit., pp. 323-382, anche in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano 1998, pp. 471-528).

²In specie le invalidità *ratione manifestae iniquitatis* ed alcune tipologie di nullità *ratione iudicis* e *ratione processus*, che sono causate dall'inosservanza dei capisaldi dell'*ordo* processuale, considerato intangibile ed inviolabile a pena di nullità.

chiarezza e precisione dalla dottrina giuridica dei primi secoli del diritto comune³.

Con riguardo a tali più gravi invalidità non si ravvisano, nel primo periodo della scuola bolognese, tipici rimedi formalizzati, per cui esse risultano essere rilevabili da chiunque ed *in perpetuum* senza bisogno di formalità particolari. Il possibile ricorso 'improprio' al rimedio dell'appello per ottenere la dichiarazione d'invalidità è, anzi, frequentemente escluso dai giuristi – almeno in linea di principio – in piena aderenza alle fonti giustinianee più volte richiamate.

Si è potuto, peraltro, rilevare nell'elaborazione di Azzone la prima tendenza a superare (o aggirare) questo divieto, attraverso il riconoscimento della legittimità dell'uso improprio (e superfluo, ma non vietato) dell'appello quale strumento per rilevare ed eliminare talune invalidità della sentenza, aprendo così la strada ad un diverso modo di concepire e 'trattare' le invalidità della sentenza⁴.

Occorre rilevare in proposito che anche dopo la «svolta azzoniana» una buona parte delle invalidità rimane esclusa da queste novità d'impostazione, anche nell'elaborazione successiva della stessa dottrina: con riguardo a queste fattispecie d'invalidità la dottrina (inclusa l'elaborazione del Durante), provvede – in primo luogo – a recepire ed organizzare le risultanze della tradizione romanistica, mutuando la loro chiave di lettura dai tradizionali canoni delle fonti giustinianee, senza limitarsi, peraltro, a tale ripetizione⁵.

Sia in dottrina che nello *ius proprium*, accanto alle nullità *ipso iure* emergono, però, con una certa imponenza già nel primo

³ In questo senso contribuiscono pressoché paritariamente – nel complesso – sia i civilisti sia i canonisti; prendendo come campione l'elaborazione del Durante si può notare che compaiono le indicazioni delle opinioni di maestri riconosciuti sia civilisti che canonisti. Fra i maggiori si possono richiamare: l'Ostiense, Accursio, Giovanni Teutonico, Guglielmo Naso, Giovanni di Dio, il Galeotti, Iacopo Baldovini, Guido da Suzzara ed Azzone.

⁴ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 43-52 e *supra*, cap. V.

⁵ Cfr. *supra*, cap. VII.

periodo dello *ius commune* altre fattispecie d'invalidità non riconducibili a quelle ora evidenziate; si tratta, infatti, di figure d'invalidità meno gravi, sanabili ed assistite da specifiche (anche se non sempre ben formalizzate) declaratorie. Si fa strada una differenziazione, nella natura giuridica e nel trattamento, fra invalidità assolute (insanabili) ed altre invalidità (sanabili)⁶. Queste ultime sono ancora – ad esempio nell'opera del Durante – numericamente inferiori alle invalidità *ipso iure*, ma una breccia è stata aperta (soprattutto con lo 'strappo' operato nella *Lectura* di Azzone) nel rigido e rigoroso sistema tradizionale e prelude a nuovi sviluppi nell'ambito della dottrina medievale⁷.

Inoltre, come ricordato commentando i passi accursiani, è possibile evidenziare un legame fra l'incremento delle cause d'invalidità ed il fenomeno di affievolimento della loro gravità, fino alla prevalenza delle invalidità sanabili su quelle insanabili caratteristico dell'elaborazione dello *ius proprium* e della dottrina trecentesca⁸. Peraltro, proprio con l'elaborazione della dottrina bolognese (in specie con il passaggio alla scuola dei postglossatori e poi a quella del commento) si giunge a superare la tradizionale impostazione precedente per proporre quelle soluzioni nuove (legate al trattamento sanabile di alcune fattispecie) – in una materia molto complessa e non priva di aspetti non ancora del tutto chiariti – che si attestano nel formarsi, fra gli altri, dello strumento d'impugnativa della *querela nullitatis*⁹.

⁶ «L'espressione *sententia nulla* venne così ad acquisire un significato ambivalente. Se nulla era la sentenza che sarebbe passata in giudicato ove non impugnata, ed in tal caso l'aggettivo era declinato in senso debole e valeva come "annullabile", nulla, questa volta in senso forte, era anche la decisione viziata da difetti non assorbiti dalla *querela nullitatis*» (C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., p. 43); si veda anche F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, pp. 440-442.

⁷ Nel commento ai passi del *Codex* e dei *Digesta* dedicati alle sentenze invalide ed ai mezzi di impugnazione delle sentenze Bartolo da Sassoferrato costruisce – ad esempio – un sistema completo di rimedi e di impugnazioni utilizzabili per le sentenze nulle *ipso iure*, per quelle annullabili e per quelle inique.

⁸ Cfr. *supra*, cap. III.

⁹ Come testimonia il porsi del problema 'pratico' della proposizione dell'impugnativa d'invalidità, che non essendo riconosciuta come vera e propria azione stenta a

Uno dei tratti più importanti di tali innovazioni è individuabile proprio nella precisazione dell'ampia gamma dei rimedi, formalizzati o meno, ad impulso di parte oppure per *officium iudicis*, costruiti dalla dottrina medievale contro le sentenze in vario modo invalide. Nel complesso, i rimedi, formali o meno, ordinari o straordinari, possono essere raggruppati in una serie di categorie (sei secondo l'elencazione dello *Speculum* di Guglielmo Durante) ben strutturate, più una settima, la querela di nullità, non sempre presente né formalizzata nel primo periodo del diritto comune: *querela nullitatis/petitio nullitatis* (con natura di *quasi actio*)/*petitio annullandi* (con natura di *quasi actio*)/appello (come mezzo ordinario di gravame)/*restitutio in integrum* (come mezzo straordinario di impugnazione)/altri rimedi straordinari (come la *querela falsi* e la *supplicatio*)/*exceptiones nullitatis* (generalmente esperibili *in perpetuum*).

Questi risultati emergono non solo dalla dottrina, ma anche dal contributo delle legislazioni particolari, delle consuetudini locali, della prassi e della giurisprudenza¹⁰, anche se il quadro concettuale è soprattutto influenzato dalla tradizione del processo romano-canonico, di cui lo *Speculum* rappresenta il più rilevante quadro complessivo.

Ci si può chiedere, a questo punto e in certo senso a conclusione del discorso condotto fin qui, quale sia il contributo più originale offerto dalla dottrina allo sviluppo delle invalidità processuali nel primo periodo del diritto comune, culminante con lo *Speculum* di Guglielmo Durante. Esso risiede, a mio vedere, soprattutto nell'opera di allargamento dell'orizzonte complessivo

trovare una sua precisa formalizzazione; significativo di tutto ciò è un brano tratto dalle raccolte di consuetudini della Curia romana: «Quod in causa appellationis possit agi de nullitate sententiae et etiam de iniquitate, sic curia tenet et servat» (*Die «Consuetudines Curiae Romanae»*, in «A.K.K.R.», (1899), a c. L. WAHRMUND, p. 15).

¹⁰ Si sono talvolta incontrati riferimenti allo *stylus* della curia romana, da cui trae origine la prassi della Rota romana a partire dal secolo XIV, su cui si veda A. SANTANGELO CORDANI, *La giurisprudenza della Rota Romana nel secolo XIV*, Milano 2001 (con specifico riferimento alle impugnazioni della sentenza alle pp. 389-415).

dei problemi riguardanti l'invalidità, e nell'indicazione di alcune loro possibili soluzioni: è proprio della dottrina dello *ius commune*, infatti, il merito di avere individuato nella differenziazione delle diverse categorie d'invalidità (da distinguersi soprattutto fra insanabili-assolute e sanabili-relative) la modalità di superamento del rigido sistema monastico di derivazione romanistica, ormai incompatibile con il nuovo processo romano-canonico¹¹.

Risultano, in tale direzione, dall'analisi compiuta alcuni dati assai significativi. Il primo, con riferimento alla classificazione delle fattispecie e dei motivi d'invalidità, è l'attitudine della dottrina medievale a valorizzare la tradizione romanistica (con il suo ampio patrimonio di idee e di soluzioni) e la sua contestuale capacità ad andare oltre nella comprensione e nella concreta applicazione per coniugarla con le istanze più recenti provenienti dalla consuetudine e dalla legislazione statutaria.

In secondo luogo, appare di rilievo la reciproca armonizzazione dell'elaborazione civilistica e di quella canonistica, che trova nello *Speculum* del Durante un felice momento di sintesi e di elaborazione generale della complessa materia dell'invalidità delle sentenze¹². In questo senso, emerge con chiarezza il tentativo di offrire un collegamento pratico e teorico fra invalidità ed

¹¹ Lo si è potuto rilevare anche con riguardo alla valutazione operata dai canonisti delle figure d'ingiustizia come cause d'invalidità delle sentenze, che comportano già con Graziano il superamento del concetto romano di nullità assoluta della sentenza: cfr. R. BALBI, *La sentenza ingiusta...* cit., pp. 31-50 e *supra* cap. IV.

¹² Lo documentano, in estrema sintesi, i due passi iniziali dei § *Iuxta* e *Quoniam* dello *Speculum* di Guglielmo Durante, unitamente al commento del *De sententia* dell'Ostiense (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, cit., *De sententia*, § *Sententia quo remedio retractetur*, coll. 774-777). «§ *Iuxta* propositionis seriem videndum restat de sententiae impugnatione super quod scias, quod quandoque sententia est nulla ipso iure, ut iam dicam, quandoque vero annullanda, ut infra § *proxi*» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 799, § *Iuxta* n. 1). «§ *Quoniam* supra § *proximo* dicimus quando sententia sit ipso iure nulla, consequens est, ut dicamus quibus remediis valida subleuetur, seu impugnetur, seu retractetur» (G. DURANTE, *Speculum...* cit., p. 804, § *Quoniam* n. 1). «In ordinario autem distinguitur, utrum sententia sua annullanda sit, et sic idem quod in (de)legato, vel nulla ipso iure, et tunc ipsemet, vel successor suus sententiam suam poterit retractare» (ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, cit., *De sententia*, § *Diffinitiva*, col. 749).

impugnazione (soprattutto attraverso l'uso improprio dell'appello quale strumento di rilevazione delle invalidità e la creazione della querela di nullità) ed il conseguente avvicinamento delle fattispecie di sentenze impugnabili a quelle annullabili¹³.

L'analisi dei numerosi passi presi in esame è rivelatrice di un percorso risalente ed articolato: si può cogliere, anzitutto, il regime delle nullità *ipso iure* – in piena sintonia con il percorso della dottrina precedente – a cui viene ad affiancarsi col tempo la categoria di sentenze annullabili. Si giunge così a valutare e considerare nell'orizzonte di questa seconda categoria alcune fattispecie d'invalidità non assoggettate al regime delle nullità *ipso iure* e si fanno rientrare nell'annullamento tutte le figure d'impugnazione – ordinarie e straordinarie – della sentenza. I diversi rimedi individuati (fra i quali spicca, evidentemente, quello della querela di nullità) vengono ad essere ricompresi entro l'amplissima figura sostanziale e processuale dell'annullamento¹⁴.

L'annullamento assume pertanto confini molto vasti – non paragonabili agli angusti confini dell'odierna azione di annullamento – entro cui trovano spazio istituti molto diversi fra loro, unificati dal denominatore comune del risultato che in un modo o nell'altro raggiungono. Tutte le fattispecie d'invalidità, riconducibili all'ampia categoria dell'annullamento della sentenza, ottengono, infatti, in vario modo lo scopo di eliminare dal mondo del diritto alcuni effetti derivanti da una decisione non perfetta (nella forma o nel contenuto)¹⁵.

Prendendo come punto di osservazione e di definizione delle differenti situazioni quello dell'efficacia, si approda attraverso i passaggi individuati (dall'ampliamento della categoria di inefficacia e alla molteplicità dei motivi d'invalidità delle sentenze, fino alla previsione dei rimedi in via d'azione e in via di eccezione previsti per paralizzare gli effetti delle sentenze invalide) alla nuova impostazione delle invalidità della sentenza ca-

¹³ Spicca a questo proposito l'opera dell'Ostiense (cfr. *supra*, cap. VII).

¹⁴ Cfr. *supra*, cap. VI.

¹⁵ Cfr. *supra*, cap. VII.

ratteristica del diritto comune classico, che verrà sviluppata a più riprese anche dalla successiva dottrina europea¹⁶.

Non è, infatti, difficile vedere come lo strutturarsi della *querela nullitatis* quale rimedio tipico e formalizzato contro sentenze viziate, in molti aspetti accostabile all'appello, sia stato senz'altro favorito dalla costruzione del diritto comune. Anche se si ravvisano nei diversi passaggi della dottrina (sia civilistica sia canonistica) alcune indistinzioni concettuali (ad esempio nell'ambito delle impugnazioni, o in talune figure d'invalidità operanti *ipso iure*), le novità elaborate dalla dottrina medievale (civilistica, ma ancor più canonistica) rispetto al diritto romano ed – ovviamente – in confronto alla prassi altomedievale sono d'indubbio rilievo¹⁷.

L'odierno modo di concepire le invalidità processuali come invalidità generalmente sanabili, assorbite fra i motivi ordinari di gravame, è il frutto di un articolato percorso che caratterizza tutto il periodo dello *ius commune*, a partire dal periodo medievale, dove, muovendo dal diverso sistema delle invalidità assolute aventi origine nel diritto romano ci si dirige verso una generale considerazione delle invalidità processuali come invalidità relative e sanabili¹⁸.

¹⁶ Per tutti, C. BESSO, *La sentenza civile...* cit., pp. 44-94.

¹⁷ «La vera e propria instabilità del giudicato, in più o meno consapevole connessione col principio romano su indicato, fu opera dei civilisti e soprattutto dei canonisti del diritto comune» (G. PUGLIESE, *Piero Calamandrei...* cit., p. 16).

¹⁸ Si possono ulteriormente precisare – seguendo il pensiero di Piero Calamandrei – le fasi dell'allontanamento dalla concezione romana delle invalidità; in un primo tempo, infatti, ci si limita a superare la concezione dell'invalidità come inesistenza attraverso la previsione di numerosi casi d'invalidità sanabili; in un secondo tempo (a partire dalla fine del XIII secolo e l'inizio del successivo) si individuano precisi rimedi contro le sentenze fino a trasformare i rimedi di nullità in veri e propri strumenti di gravame, aprendo così la strada (attraverso le compilazioni del tardo diritto comune) all'odierno sistema (su cui si veda, esemplificativamente, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile...* cit., pp. 165 ss.). Lo testimonia, ad esempio, la sopravvivenza nell'odierno processo della Repubblica di San Marino, ove vige tuttora il diritto comune – della *querela nullitatis* accanto al rimedio dell'appello: cfr. T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, Repubblica di San Marino 1967, pp. 161-188.

Il punto di svolta senz'altro decisivo rappresentato dall'elaborazione del diritto comune (già a partire dalla scuola della glossa), realizza la presenza di nuovi istituti – quali la *querela nullitatis* e le invalidità procedurali caratteristiche degli *iura propria* e della più avveduta riflessione dottrinale – come decisa innovazione rispetto alla situazione precedente, inaugurando la direzione che porterà – non senza discontinuità ed ulteriori passaggi importanti – all'odierno sistema delle invalidità processuali. Il discorso termina in questa sede con il Durante, grazie al quale si ha già un punto di unificazione: continua, naturalmente, con fasi alterne e con momenti di eccessiva puntualizzazione analitica, per tutto il periodo del diritto comune. La codificazione, a sua volta, trascorsi molti secoli di evoluzione nell'ambito del diritto comune, prenderà atto di queste valutazioni e cercherà di portarvi un certo ordine. Tale aspirazione giunge all'odierno assetto delle invalidità della sentenza, in cui i motivi di invalidità (per lo più sanabili), un tempo autonomi, sono ormai riassorbiti fra gli ordinari motivi di gravame¹⁹.

Le articolate e meditate soluzioni proprie del periodo del diritto comune si presentano nel contesto della lunga evoluzione storica delle invalidità processuali come uno dei momenti di maggiore interesse (soprattutto per la svolta operata rispetto al diritto romano e la nascita di nuovi istituti, come la *querela nul-*

¹⁹ «D'altra parte, nel processo dei tempi moderni, la querela di nullità, rimedio privatistico, coesiste lungamente con l'appello: ma resta riassorbita in questo, tosto che si afferma in modo pieno il carattere processuale e pubblicistico della sentenza» (E. ALLORIO, *Significato della storia nello studio...* cit., p. 194); si vedano anche: P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Opere giuridiche*, cit., VIII, pp. 515-529; C. BESSO, *La sentenza...* cit., pp. 93-156; A. GUARNERI, *L'azione di nullità...* cit., pp. 52-61 e I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa...* cit., pp. 621-677. Da ultimo, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello...* cit., II, pp. 51-52: «Il risultato più notevole di questa scuola sul punto che ora interessa si deve, invece, ravvisare nel primo, parziale, superamento del principio antico della nullità come inesistenza; dalla breccia aperta nel primo Duecento si svilupperanno dapprima la querela di nullità, quindi l'assorbimento della nullità nei mezzi ordinari di gravame: principi destinati a vivere per secoli nel processo comune europeo».

litatis), anche per il concreto raggiungimento di un significativo punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze dell'accertamento della verità, del rispetto delle formalità del procedimento, nonché della certezza e della giustizia, offrendo così un'ipotesi di risposta alla problematica posta in apertura del presente saggio.

Infatti, sono proprio i giuristi della scuola bolognese a limitare concretamente i casi in cui il giudice viene a «decidere invano», riconducendo tale evenienza ai soli casi di vizi più gravi della decisione ed incanalando la valutazione dei diversi vizi delle sentenze nel contesto del riesame delle cause operato giudizialmente – attraverso differenti strumenti e rimedi formalizzati – nei successivi gradi del procedimento²⁰. È questo un punto decisivo per l'individuazione di concetti e di rimedi tipici, il cui utilizzo ha superato ampiamente l'epoca del diritto comune, giungendo in certa maniera fino ad incidere sul diritto di oggi.

Nel complesso, l'ampia e raffinata analisi medievale dei motivi d'invalidità e dei rimedi approntati dall'ordinamento mostra la sua importanza ed il suo sostanziale equilibrio di soluzioni nel lungo svolgersi delle vicende delle invalidità nel diritto medievale²¹.

Dallo sviluppo storico dalle soluzioni – tutto sommato 'leggere' e precise elaborate dal diritto comune classico – si passerà nei secoli successivi di 'crisi' dell'impianto del diritto comune ad

²⁰ Come espresso, ad esempio, anche dall'art. 161 del vigente codice di procedura civile: «La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione»: cfr. C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità...* cit. e M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie...* cit., *passim*. Inoltre, conclusivamente, G. CAPOGRASSI, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in «Rivista di diritto processuale», V (1950), pp. 1-22 (oltre alle notazioni di P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXXIII (2006), pp. 13-40).

²¹ Lo testimoniano, ad esempio, le scelte per la sanabilità di molte fattispecie d'invalidità in corrispondenza dell'aumento dei motivi d'invalidità (evidente, ad esempio, già nella glossa accursiana), così come il raggiunto equilibrio fra giustizia e certezza processuale ottenuto specialmente dalla canonistica medievale.

un approccio eccessivamente ‘casistico’ e caratterizzato da un diffuso formalismo, per sfociare poi nell’attrazione dell’intera disciplina delle invalidità della sentenza nello stretto reticolo della cogente sistematica delle impugnazioni e degli ordinari mezzi di gravame, propria del diritto positivo nell’epoca della codificazione²².

²² Anche nello sviluppo delle invalidità si può riscontrare la ‘deriva’ formalistica (fin nel suo sbocco nel cosiddetto ‘assolutismo giuridico’), testimoniata, ad esempio, dalle monumentali – e perciò prive di sintesi e di equilibrio nelle soluzioni proposte – opere delle trattatistica settecentesca delle invalidità, ben descritta, anche se secondo ottiche diverse, per tutti da R. AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976 (rist. 1978) in specie pp. 111-146 e pp. 273-358 e P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., pp. 96-115. Per le problematiche attuali, per tutti, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007. Sull’evoluzione moderna della procedura, secondo canoni statualistici e formalisti, si veda – da ultimo – N. PICARDI, *La giurisdizione...* cit., pp. 81-154.

INDICE DEI NOMI¹

- ACCURSIO 6, 79, 87, 118, 129, 130-136, 216, 218, 263, 267
- AJELLO R. 62, 275
- ALBERICO DA ROSCIATE 199-203
- ALBERTI A. 82, 84, 207
- ALBERTO DA GANDINO 195-197, 201, 202, 216
- ALBERTO GALEOTTI 209, 253, 267
- ALESSI G. 120
- ALLORIO E. 18, 48, 273
- ANGELICI C. 7, 10
- ARISTOTELE 76
- ARLINGHAUS F.J. 124
- ARNALDI G. 140
- ASCARELLI T. 11, 14, 265, 266
- ASCHERI M. 131, 185, 197, 203, 230
- ASTOLFO 67
- AULETTA F. 10, 19
- AZZONE 6, 87, 91, 93, 107, 109, 110, 113, 116-130, 135, 159, 208, 209, 212, 214-216, 218, 222, 239, 241, 252, 257, 265, 267, 268
- BAGNULO R. 122
- BALBI R. 5, 99, 114, 139, 141, 146, 150, 152, 154, 171, 207, 235, 270
- BALDO DEGLI UBALDI 34, 145, 187, 205, 222, 267
- BALENA G. 18
- BARILE P. 65
- BART J. 8
- BARTOLO DA SASSOFERRATO 34, 78, 93, 127, 148, 189, 198-200, 203, 210, 214, 222, 237, 239, 245-247, 253, 256, 268
- BASDEVANT B. 138
- BAUMGÄRTNER I. 124, 185
- BEDA 146
- BELLINI P. 105
- BELLODI ANSALONI A. 59
- BELLOMO M. 60, 77, 81, 85, 167, 203
- BELLONI A. 113
- BENSA E. 10
- BERGMANN F. 112, 208, 210, 230
- BERLINGÒ S. 140
- BERMAN H. 3, 4
- BERNARDO DA PARMA 118, 205
- BERNARDO DA PAVIA 207, 218
- BESSO C. 8, 9, 18, 19, 22, 27, 28, 35-37, 50, 57, 63, 268, 272, 273
- BETHMANN-HOLLWEGG M.A. 62, 113
- BETTETINI A. 54, 139, 141, 145, 147, 148-150, 167, 222, 251, 253
- BETTI E. 54, 214
- BETTO B. 193
- BETTONI A. 120
- BIAGIO ALTIMARO 6, 123
- BIANCA C.M. 37
- BIANCA G. 13
- BIANCHI G. 38
- BIANCHI S.A. 38
- BIONDI B. 50, 52, 54
- BIROCCHI I. 48
- BIZZARRI D. 182
- BOBBIO N. 69, 234
- BÖCKENFÖRDE E.W. 41

¹ I nomi di persona appartenenti all'epoca del diritto comune (o precedenti) sono indicati secondo l'uso più frequente ed evidenziati con sottolineatura.

- BÖCKING E. 79, 80
 BOGNETTI G.P. 62
 BOLLATI E. 86
 BONAINI G. 172
 BONINI R. 46
 BORETIUS A.E. 85
 BORGIOI A. 10
 BRUTTI M. 8, 14, 29, 32, 35, 42, 43
 BUGANI I. 7
BULGARO 94, 96, 127, 209
 BÜLOW O. 37
 BURDESE A. 44

 CALAMANDREI P. 18, 20, 21, 29, 36, 45,
 50, 52, 53, 61-63, 65, 70, 71, 75, 88,
 89, 92, 102, 106, 118, 120, 134, 144,
 150, 166, 169, 170, 182, 196, 207,
 209, 211, 213, 215, 218, 220, 221,
 252, 255, 258, 261, 272, 273
 CALASSO F. 7, 80, 87, 103, 137, 149, 154
 CALDA G. 50
 CAMILLA P. 190
 CAMPITELLI A. 61, 78, 91
 CANNATA C.A. 50
 CANTARELLA E. 41, 49
 CAPOGRASSI G. 5, 274
 CAPPELLETTI M. 3, 274
 CAPPELLINI P. 15, 24, 29, 41
 CAPRIOLI S. 112, 177, 178
 CARANTA R. 9, 12, 34
 CARAVALA M. 60, 65, 70, 72, 77
 CARLIN M. 1
 CARLINI A. 69
 CARNELUTTI F. 4, 19, 265, 266
 CARNEVALE V. 21
 CARONI P. 48
 CASELLI G.C. 115
CATELLIANI COTTA 190
 CATERINA R. 40
 CAVANNA A. 62, 138
 CECHELLA C. 18
 CERINO CANOVA A. 20, 21, 221, 251,
 255, 260
 CERNIGLIARO A. 124
 CERUTI A. 174

 CERVENCA G. 50, 54
 CHIAPPELLI L. 82, 89
 CHIARLONI S. 18
 CHIOVENDA G. 18, 36, 62, 63, 88, 260
 CHIZZINI A. 20
 CHORUS J.M. 46
 CICCAGLIONE F. 69
 CIPRIANI F. 17, 18
CIPRIANO 115
 CODACCI PISANELLI G. 12
 COING H. 78
 COLESANTI V. 18
 COLLI V. 124
 CONDORELLI O. 66, 167
 CONRAT M. 81, 85
 CONSO G. 10, 18, 19, 20
 CONSOLO C. 18
 CONTE A.G. 19
 CONVERSO A. 110, 117
 CORDERO F. 2, 18, 19, 62, 64, 268
 CORECCO E. 139
 CORRADO R. 4, 23, 47, 238
 CORTESI E. 5, 34, 49, 60, 62, 65, 73, 77-
 80, 82, 84, 86, 87, 93, 112, 115, 116,
 138, 154, 207, 231
 COSTA A. 18, 63, 205, 210
 COSTA P. 66, 91, 105, 230
 COTTA S. 5
 CRESCENZI V. 83
 CRISCUOLI G. 7
 CROSETTI A. 39

 D'AGOSTINO F. 2, 234
 D'AMELIO G. 91, 96
 D'ORS A. 70
 DALLOZ A. 27
 DALLOZ D. 27
DE FRANCHINIS 6, 123, 221
 DE GIOVANNI B. 9, 19, 28
 DE LAURENTIIS R. 250
DE LUCA GIOVANNI BATTISTA 33
 DE MARINI AVONZO F. 51
 DE NOVA G. 13-15
 DE STEFANO G. 4
 DE ZULUETA F. 97

- DEL VECCHIO G. 2
 DELLA ROCCA F. 45, 50, 63, 64, 69, 70,
 88, 129, 139-141, 145, 146, 149,
 155, 165, 166, 168, 175, 207, 224,
 232, 250, 262
 DENTI V. 19, 62
 DERRER F. 98
 DI CESARE L.M.A. 9, 17, 47, 59
 DI LELLA L. 45
 DI PAOLA S. 7, 42, 43, 46, 58
 DI ROBILANT E. 5
 DIANA A.G. 12
 DIÉGUEZ OLIVA R. 33
 DIURNI G. 67, 85
 DOMINIONI O. 19
 DROGOUL R. 15, 63

EGIDIO DE' FUSCARI 206, 209
 ENGELMANN A. 2
ENRICO DA SUSA (OSTIENSE) 127, 154,
 198, 207, 213, 216-218, 223, 252,
 262, 265, 267, 270, 271
 ERDÖ P. 2
 ERRERA A. 77, 80, 86
 ESMEIN A. 34, 63
 ESPOSITO C. 12, 31
 EWERS H. 139, 207

 FADDA C. 10
 FALLETTI L. 215, 235
 FALZEA A. 51
 FASOLI G. 174
 FAZZALARI E. 21
 FEDELE A. 7, 11
 FEDELE P. 5, 140
FEDERICO I 34
FEDERICO II 170
 FELICIANI G. 5, 46
 FERRABOSCHI R. 9
 FERRARA F. 7
 FERRARESE M.G. 13
 FERRARI ZUMBINI R. 2, 60, 66, 69, 71
 FERRER BELTRÁN J. 4
 FILANTI F. 7
 FINZI E. 8, 48, 59

 FIORAVANTI M. 35
 FIORELLI P. 65
 FIRPO L. 123
 FITTING H. 83, 85, 94, 98
 FORGIARINI G. 191
 FOWLER-MAGERL L. 22, 110, 140, 206,
 208
 FRANSEN G. 162
 FURNO C. 23
 FUSCO A. 15

 GABRIELLI G. 9
 GADDONI S. 192
 GALLO C.E. 9, 12
 GALLO F. 35
 GALLO P. 38
 GAMBARO A. 26
GAMBIGNONI ANGELO 22
 GANDOLFI G. 17
 GARCIA Y GARCIA A. 163
 GARLATI GIUGNI L. 96
 GAUDEMET J. 66, 105, 119, 137, 138,
 205
 GAZZONI G. 6
 GENTA E. 69
 GENTILI A. 7, 24
 GERMOVNIK F. 139
 GHIDOTTI E. 139, 140, 208
 GIACOBBE G. 242
 GIANNINI T.C. 272
GIOVANNI BASSIANO 96, 107, 110-112,
 176, 209
GIOVANNI D'ANDREA 118, 189, 205, 206,
 222
GIOVANNI DI DIO 209, 232, 267
GIOVANNI FAVENTINO 162
GIOVANNI TEUTONICO 162, 163, 267
GIOVANNI URBACH 224
 GIUFFRÉ V. 231
 GIULIANI A. 3, 22, 215, 235
 GIUSSANI L., 4
GIUSTINIANO 33, 45, 47, 57, 59, 83
 GOMEZ A.O. 138, 209
 GORIA F. 70
 GOURON A. 98

- GRADENWITZ O. 59
 GRANUZZO R. 188
GRATIA ARETINO 210, 230
GRAZIANO 5, 137-155, 159, 164, 171, 207, 222, 270
GREGORIO MAGNO 60, 99, 140
 GROSS C. 206, 209
 GROSSI E., 7
 GROSSI P. 2, 4, 5, 13, 24, 29, 32, 40, 60, 64, 66-68, 86, 91, 97, 107, 118, 122, 136, 140, 149, 169, 266, 274
 GUALAZZINI U. 104
GUALCOSIO 85
 GUARNERI A. 6, 24, 36, 37, 43, 50, 52, 85, 129, 233, 239, 240, 254, 273
GUGLIELMO DURANTE 1, 5, 6, 18, 19, 91, 93, 118, 119, 123, 127, 130, 138, 148, 168, 189, 195, 198, 205, 262, 266-270, 273
GUIDO DA SUZZARA 201, 237, 267
GUIZZARDINO 34
GUTBIRUS K.C. 60
- HACKL K. 50
 HAENEL G. 83, 94, 101
 HANSEN A. 250
 HELLMANN F. 42, 49
 HOEHNE H. 113
- IACOBUS DE RAVANIS 201, 222
IACOPO BALDOVINI 34, 267
 IGLESIA FERREIROS I. 230
IRNERIO 49, 79, 83, 84, 86-89, 91, 92, 94, 116, 137, 209, 231
 IRTI N. 275
ISIDORO DI SIVIGLIA 137, 138
IVO DI CHARTRES 138, 209
- JACOBI F. 139
 JAPIOT R. 27, 28
 JEMOLO A.C. 17, 17, 231
- KANTOROWICZ H. 4, 95, 195, 216
 KASER M. 50
- LANDAU P. 104
 LANZILLO R. 7
 LATTES A. 173, 188
 LATTES E. 173
 LE BRAS G. 137
 LECCESE E. 37
 LEGENDRE P. 84
 LEICHT P.S. 60, 104
 LEONE G. 19
 LEPSIUS S. 124
 LINDSAY W.M. 138
 LIOTTA F. 142
 LITEWSKI W. 139, 142, 143
 LOMBARDI G. 97
 LOPEZ DE ONATE F. 5
 LOSCHIAVO L. 61, 77
 LUCCHESI M. 75, 123, 168, 197
LUIGI XII 26
 LUZZATTO G.I. 50, 52
- MADDALENA G. 2
 MAFFEI D. 104
 MANCUSO F. 117, 128, 135, 138, 255, 263
 MANDRIOLI C. 17, 19, 21, 274
 MANNORI L. 105
 MARGIOTTA BROGLIO F. 137
 MARRI CAMERANI G. 186
 MARRONE M. 45, 116
 MARTINETTO G. 19
 MARTINI C.M. 2
 MARTONE L. 75, 91, 187
 MASI A. 7, 8, 42
 MASSETTO G.P. 91, 145, 226
 MAZZACANE A. 35
 MAZZACANE E. 168, 231, 235, 238, 239
 MC LAUGHLIN T.P. 156
 MECCARELLI M. 257
 MENCHINI S., 18
 MENESTÒ E. 257
 MENZINGER S. 124, 173, 180, 201
 MESSINEO F. 9, 255
 MIGLIORINO F. 104
 MILLAR R.W. 2
 MINNUCCI G. 208

- MIRABELLI G. 7
 MODUGNO F. 12, 19, 32
 MONATERI P.G. 11, 15, 16
 MONGIANO E. 115
 MOR C.G. 79, 81-83
 MOSCATI L. 24, 29
 MOSCO L. 7
 MULLER W.F. 157
 MUSSELLI L. 74, 95, 96, 106, 148, 153, 158, 211, 255
 MUTHER T. 224
- NATALINI C. 51
 NEGRI A. 69
 NICITA F.P. 19
 NICOLAJ G. 78
 NICOLINI U. 27, 83, 93, 97, 102, 104, 113, 173, 181, 211, 220, 221, 239, 240
 NOONE J.J. 60, 140
 NÖRR K.W. 145
- OCHOA J. 235
ODOFREDO 79, 197
 OLIVERO G. 9
 OPOCHER E. 2
 ORESTANO R. 50, 53, 55
- PACE G. 87
 PADELLETTI G. 85
 PADOA SCHIOPPA 2, 40, 53-56, 60, 63-65, 67, 69-73, 76-78, 80, 87, 88, 100, 107, 109, 116, 117, 125-127, 129, 140, 149, 171, 172, 174, 176, 180, 196, 208, 209, 211, 221, 240, 241, 243, 251, 259, 267, 273
 PALMIERI G.B. 83, 84, 101, 110
 PALOZZI G. 171
PANORMITANO 223
 PAOLANTONIO N. 12
 PARADISI B. 122
 PASCIUTA B. 168
 PASSERIN-D'ENTREVES A. 14, 29
 PATETTA F. 67, 72, 84
PAUCAPALEA 156
- PECORELLA C. 47, 48
 PENCO G. 68
 PENE VIDARI G.S. 22, 65, 118, 169, 178, 203
 PERGAMI F. 54, 55
 PERLINGIERI P. 16, 24
 PERTILE A. 52, 171
 PESCATORE G. 87, 89
PIACENTINO 82, 91, 93, 101-111, 113, 116, 119, 120, 130, 144, 208, 209, 215, 216, 218, 241
 PIANO MORTARI V. 42, 75, 187
 PICARDI N. 3, 19, 22, 62, 65, 67, 78, 91, 137, 163, 194, 215, 275
 PIERANDREI F. 12
 PIERGIOVANNI V. 169
PIETRO BELLAPERTICA 222
PILLIO DA MEDICINA 107, 110, 112, 113, 129
 PIRAS A. 15
 PLÖCHL W. 81
 PLODZIEN S. 207
 POGGI A. 105
 POLICE A. 12
 POLIDORI S. 7
 PRETEROSSO G. 42
 PRODI P. 2, 65
 PROSDOCIMI L. 157
 PROSPERETTI M. 7
 PUGLIESE G. 25, 43, 45, 47, 51, 54, 57, 58, 65, 88, 148, 175, 180, 181, 211, 214, 258, 272
 PULITANÒ D. 5
 PUTTI P.M. 10, 14, 38
 PUZA R. 151
- QUADRATO R. 7, 49, 231
- RAGGI L. 49, 50, 52-55, 130, 193, 232, 241, 253
RAIMONDO DI PENNAFORTE 208
 RASCIO N. 18
 RATZINGER J. 5
 REDENTI E. 9, 21, 22, 23
 RENARD G. 7, 255

- RESCIGNO P. 7, 266
RICCARDO ANGLICO 212
 RIVALTA V. 107
 ROBLED A. 45
ROFFREDO BENEVENTANO 116, 126, 176
ROGERIO 91, 101, 102, 172
ROLANDO 156, 157
 ROSBOCH M. 1, 7, 38, 119, 169, 218, 225, 235
 ROSSI GIOVANNI 78
 ROSSI GUIDO 93, 185, 201
ROTARI 67
RUFINO 155
- SACCO R. 3, 6, 8, 10, 13-15, 26, 31, 35
 SALVIOLI G. 52, 211
 SANFILIPPO C. 53
 SANGUINETTI A. 116
 SANTALUCIA B. 56
 SANTANGELO CORDANI A. 269
 SANTARELLI U. 15, 169, 192, 203
 SANTORO PASSARELLI F. 8, 13
 SARACINI E. 7
 SARTI N. 70, 112, 114, 197
 SCALISI V. 38, 39
SCHLOSSMAN 35
 SCHULTE J.F. 155, 156
 SCHWARZENBERG C.
 SCIALOJA A. 21
 SCIALOJA V. 30, 42, 96
 SCOGNAMIGLIO R. 7
 SCOVAZZI T. 67
 SEELMANN W. 62, 64
 SEGNI A. 10
 SELLA P. 18, 174, 219
 SERAFINI F. 46
SIGISMONDO SCACCIA 123, 250
 SIMLER P. 15, 28
SIMONE DI BISIGNANO 162
 SINATTI D'AMICO F. 67
 SITZIA F. 47
 SKEDL A. 50, 61-64, 70, 72, 120, 123, 144, 169, 171, 172, 179, 205, 207, 210, 216, 217, 254, 256
 SOETERMEER F.P.W. 79
- SOFFIETTI I. 22, 81, 115
 SOHM R. 236
 SOLIMANO S. 24
 SOLON M.V.H. 15, 26
 SORRENTI L. 34, 115, 205
 SORRENTINO T. 65
 SPAGNESI E. 87
 STANCO G. 124
STEFANO TORNACENSE 156
 STELLA F. 2, 4
 STICKLER A.M. 22, 78
 STORTI STORCHI C. 172, 190, 191, 195, 200, 216
STRECKER C.W. 60
 SUCHIER H. 98
- TALAMANCA M. 42, 53
 TAMASSIA N. 62, 110
TANCREDI 112, 123, 130, 205, 208-210, 214-220, 230, 249, 259, 261, 266
 TAORMINA C. 21
 TARELLO G. 18
 TARUFFO M. 62
 TARZIA G. 255
 THANER F. 157
 TODESCAN F. 19
 TOMMASINI R. 15, 16
 TORREGROSSA G. 242
 TORRENTE A. 9, 22
 TREGGIARI F. 112
- UBERTO DE' BONACCORSO 115
UGOLINO DE' PRESBITERI 93, 113-115
UGUCCIONE DA PISA 154, 157-162
- VACARIO 97, 209
 VACCA L. 47
 VALLERANI M. 138, 178
 VAN CAENEGHEM R. 2, 131
 VAN HOVE A. 46
VANZIO SEBASTIANO 6, 13, 123, 215
 VASSALLI F. 53, 55, 107, 121, 253
 VERNIER O. 1
 VINCENTI U. 42
VINCENZO VALGRISI 206

- | | |
|---|--|
| Viora M.E. 62, 116, 178, 203 | Wunderlich A. 94 |
| Vismara G. 68, 190 | |
| <u>Viviano</u> 130-134, 136 | Zacharie C.E. 76 |
| Volante R. 6, 8 | Zagrebelsky G. 2 |
| Von Savigny F.C. 24, 29-32, 34, 85, 86, 115 | Zanetti G. 110 |
| | Zani G. 8, 44 |
| | Zdekauer L. 175 |
| Wahrmund L. 111, 206, 209, 210, 269 | Zecchino O. 170 |
| Weimar P. 78 | Zeliauskas J. 121, 157-159, 162-164, 258 |
| Welzel H. 4 | |
| Wetzell G.W. 62. | Zepi J. 76 |
| Wetzstein T. 124 | Zepi P. 76 |
| Wieacker F. 15, 29, 32, 34 | Zillett U. 59 |
| Windscheid B. 10, 30, 32, 34 | Zingali G. 42 |
| Witte C. 212 | Zordan G. 22 |

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE I)

1. CAMILLO MONTALCINI, *Vicende delle pubbliche libertà in Piemonte dai primi tempi di Casa Savoia ad Emanuele Filiberto*, 1884.
2. *Studio critico sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle manifatture*, 1884.
3. CARLO LESSONA, *La Germania di G. Cornelio Tacito - Saggio storico-giuridico*, I, 1884.
4. VIRGILIO ROSSI, *L'Europa nel secolo decimosesto e l'Europa d'oggi - Raffronti*, 1886.
5. CARLO LESSONA, *La sylvia nuptialis di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI - Contributo alla storia del diritto italiano*, 1886.
6. FRANCESCO RUFFINI, *L'actio spolii - Studio storico-giuridico*, 1889.
7. GUIDO CAPITANI, *Stato - Beneficenza e previdenza pubblica - Considerazioni*, 1888.
8. FEDERICO PATETTA, *Le ordalie - Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, 1890.
9. GIOVANNI BOBBIO, *Sulle origini e sul fondamento della famiglia - Studio filosofico-storico-giuridico*, 1891.
10. BARTOLOMEO DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.
11. CARLO ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo alla teoria delle servitù prediali*, 1895.
12. RAFFAELE COGNETTI DE MARTIIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, 1900.

MEMORIE (SERIE II)

1. F. VASSALLI - L. FRANCHI, *G. P. Chironi*, 1928.
2. E. DULIO, *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco*, 1928.
3. G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, 1928.
4. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, 1929.
5. E. DULIO, *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico*, 1929.
6. G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930.
7. M. EINAUDI, *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche*, 1930.
8. M. CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, 1930.
9. G. AGOSTI, *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV - Il «Consilium Callimachi»*, 1930.
10. M. DE BERNARDI, *Giovanni Botero economista - Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città»*, 1931.

11. G. BALLADORE PALLIERI, *I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale*, 1931.
12. G. FERROGLIO, *La condizione giuridica delle confraternite*, 1931.
13. R. TREVES, *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento*, 1931.
14. A. ALBERTI, *Alberto Radicati di Passerano - Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del sec. XVIII*, 1931.
15. M. CORBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico*, 1931.
16. M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
17. D. BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigato - Genesi storica e natura giuridica*, 1932.
18. V. LARGU, *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica*, 1932.
19. G. BALLABORE PALLIERI, *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui*, 1932.
20. U. GUALAZZINI, *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo - Contributo alla storia del diritto del lavoro*, 1932.
21. R. MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, 1932.
22. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Riccardo Hooker - Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale*, 1932.
23. P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, 1933.
24. C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, 1934.
25. D. DE CASTRO, *Metodi per calcolare gli indici della criminalità*, 1934.
26. R. TREVES, *Il diritto come relazione - Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo*, 1934.
27. C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, 1934.
28. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934.
29. N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, 1934.
30. E. CROSA, *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto*, 1935.
31. G. MARCHELLO, *Il problema critico del diritto naturale*, 1936.
32. R. MONACO, *I conflitti di legge in materia di cambiale*, 1936.
33. C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, 1936.
34. C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma*, 1937.
35. *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza - Relazione del Prof. Mario Ricca-Barberis*, 1938.
36. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938.
37. S. PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, 1938.
38. M. ALLARA - P. GRECO - G. GROSSO - A. MONTEL - M. RICCA-BARBERIS, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile*, 1938.
39. M. RICCA-BARBERIS, *L'evizione nella vendita giudiziale*, 1938.
40. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella permuta*, 1939.
41. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, 1939.

42. G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, 1939.
43. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale*, 1939.
44. C. ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata*, 1939.
45. B. LEONI, *Il problema nella scienza giuridica*, 1940.
46. P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, 1940.
47. F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, 1941.
48. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, 1942.
49. G. MARCHELLO, *Studi sul concetto di oggettività sociale*, 1942.
50. G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, 1942.
51. B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, 1943.
52. P. BORDA, *La dispensa amministrativa*, 1943.
53. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1943.
54. E. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, 1943.
55. S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, 1943.
56. M. SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, 1944.
57. M. RICCA-BARBERIS, *Acquisto per ritrovamento o invenzione*, 1945.
58. G. BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società*, 1945.
59. G. FERROGLIO, *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa*, 1946.
60. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, 1947.
61. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato - Parte generale*, 1947.
62. R. TREVES, *Diritto e Cultura*, 1947.
63. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, 1949.
64. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, 1949.
65. L. EINAUDI, *Scienza economica ed economisti nel momento presente* (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino), 1950.
66. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare*, 1950.
67. M. GORINO-CAUSA, *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani*, 1950.
68. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, 1950.
69. E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, 1950.
70. R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, 1950.
71. G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, 1950.
72. A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, 1950.
73. G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, 1950.
74. M. A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il Risorgimento*, 1951.
75. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, 1951.
76. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, 1952.
77. A. M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, 1952.
78. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa*, 1953.
79. A. M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica - Studi preliminari*, 1953.
80. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, 1953.
81. A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale - Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, 1953.
82. G. PROVERA, *Contributi allo studio di insurandum in litem*, 1953.
83. M. RICCA-BARBERIS, *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale*, 1954.

84. M. GORINO-CAUSA, *Sui regolamenti in diritto canonico*, 1954.
85. E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, 1954.
86. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, 1954.
87. E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali - Saggio comparativo* - I, 1954; II, 1955.
88. R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria - Parte Generale*, 1955.
89. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, 1955.
90. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, 1955.
91. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, 1955.
92. A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, 1955.
93. M. GORINO CAUSA, *Mutamenti costituzionali e territoriali e sopravvivenza dei concordati*, 1956.
94. P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, 1956.
95. F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale - Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956.
96. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi nello stato sabaudo - A proposito della questione dotale di Filiberta di Savoia - Nemours*, 1957.
97. E. VITTA, *Le riserve nei trattati*, 1957.
98. M. GORINO CAUSA, *Aspetti giuridici della libertà della Chiesa*, 1957.
99. A. MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, 1958.
100. M. RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione - Parte generale*, 1958.
101. E. VITTA, *Studi sui trattati*, 1958.
102. F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, 1958.
103. G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano* - I. *La procedura formulare*, 1958; II. *La cognitio extra ordinem*, 1960.
104. A. MARAZZI, *I territori internazionalizzati* - I, 1959.
105. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, 1959.
106. L. MAFFEO, *I vizi della volontà nell'ordine sacro*, 1960.
107. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* - I, 1960.
108. S. PIVANO, *Precarie e livelli*, 1962.
109. C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative (non pubblicato)*.
110. C. FERRARI, *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego*, 1962.
111. G. A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, 1962.
112. G. PROVERA, *La vindictio caducorum - Contributo allo studio del processo fiscale romano*, 1964.
113. A. BARUCCHI, *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia*, 1964.
114. L. ORUSA, *Le strade pubbliche* - I. *Proprietà e classificazioni*, 1964.
115. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, 1964.
116. E. DI ROBILANT, *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia*, 1964.
117. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, 1965.
118. S. PIVANO, *Scritti minori di storia e storia del diritto* - con una notizia biografica dell'Autore a cura di M. E. VIOA, 1965.
119. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano* - I, 1965.
120. R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, 1965.

121. I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1965.
122. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, 1965.
123. M. LONGO, *Normazione professionale ed ordinamento giuridico statale - Contributo allo studio delle fonti del diritto dell'economia - Parte prima - Introduzione*, 1966.
124. L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella costituzione*, 1966.
125. M. BIN, *La diseredazione - Contributo allo studio del contenuto del testamento*, 1966.
126. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, 1967.
127. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 1967.
128. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, 1967.
129. A. COMBA, *Le giurisdizioni amministrative delle organizzazioni internazionali - I*, 1967.
130. M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 della costituzione*, 1968.
131. S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia» criteri di imputazione e problema della «culpa»*, 1969.
132. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali - I*, 1970.
133. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, 1970.
134. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto - I. Dalle origini alla scuola storica*, 1968.
135. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756 - I. Capo I - Premesse introduttive - Capo II - L'ambito operativo della legge*, 1970.
136. A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1970.
137. I. MANZONI, *Profili generali dei contributi di miglioria*, 1970.
138. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino - Parte prima*, 1971.
139. A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo - Aspetti e problemi*, 1971.
140. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971.
141. M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, 1971.
142. G. VAILATI, *La nazionalizzazione delle imprese - Problemi e prospettive*, 1971.
143. G. GAVAZZI, *L'onere - Tra la libertà e l'obbligo*, 1970.
144. G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti - I. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, 1972.
145. F. PATETTA - M. CHIAUDANO - M. AMIETTA DELLA CORNA - F. FISICARO VERCELLI - A. LANGE, *L'Università di Torino nei secc. XVI e XVII*, 1972.
146. G. COTTRAU, *La tutela della donna lavoratrice - I*, 1971.
147. R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo - Un paese africano inizia l'edificazione del socialismo*, 1973.
148. G. GROSSO, *Mario Allara - Commemorazione letta nell'Aula Magna dell'Università di Torino il 9 luglio 1973*, 1973.
149. N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano - I. Diritto classico*, 1973.
150. M. CICALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, 1974.
151. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974.

152. A. COMBA, *Organizzazione internazionale e ordinamento dello Stato*, 1974.
153. E. FERRERO, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, 1974.
154. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756 - II - Capo III - Le finalità della legge - Capo IV - Gli strumenti tecnico-operativi della legge*, 1974.
155. A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, 1975.
156. P. CATALANO, *Populus romanus quirites*, 1974.
157. F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, 1975.
158. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, 1976.
159. P. L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum - I. Profili funzionali*, 1976.
160. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni - Profili funzionali*, 1976.
161. G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela dal contraente debole*, 1976.
162. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo Studio del diritto ecclesiastico subalpino - Parte seconda*, 1976.
163. F. BONA - E. GALLO - F. GORIA - L. LANTELLA - M. SARGENTI - N. SCAPINI - P. L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, 1976.

MEMORIE (SERIE III)

1. ANDREA BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, 1977.
2. ENRICO GENTA, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, 1978.
3. ORESTE CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale - Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, 1979.
4. FRANCO PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, 1979.
5. PIERLUIGI ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 1979.
6. ALESSANDRO CROSETTI, *Profili giuridici della riorganizzazione sovracomunale del territorio*, 1979.
7. ANDREA BELVEDERE - MARIO JORI - LELIO LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, 1979.
8. SERGIO CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980.
9. PAOLO SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia - I*, 1980.
10. ALMA TESTORI CICALA, *Problematica del matrimonio religioso in relazione all'ordinamento penale statuale*, 1980.
11. VALERIA DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, 1981.
12. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista - Atti del Convegno torinese, 4-5 maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano*, 1981.
13. PIERLUIGI ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, 1983.
14. GIUSEPPE PORRO, *L'integrazione giuridica nell'associazione europea di libero scambio*, 1983.
15. ROSARIO FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore - Profili pubblicistici*, 1983.
16. CARLO EMANUELE GALLO, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, 1983.
17. NEVIO SCAPINI, *La confessione nel diritto romano, II. Diritto giustiniano*, 1983.

18. MASSIMO INTROVIGNE, *I due principi di giustizia nella teoria di Rawls*, 1983.
19. ALBA NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, 1983.
20. *Riflessioni sulle regioni - Atti del convegno in memoria di FRANCO LEVI*, Torino 15 maggio 1981, 1983.
21. MARIO ALLARA, *Dei beni*, 1984.
22. VITTORIO VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, 1984.
23. STEFANO SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, 1984.
24. ROSARIO FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, 1985.
25. PAOLO FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, 1985.
26. PAOLO GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, 1988.
27. ELISABETTA PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, 1988.
28. GIORGIO LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989.
29. ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo - Ambito di applicazione*, 1990.
30. DAVIDE PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, 1990.
31. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità - Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, 1990.
32. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, 1990.
33. GABRIELLA RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, 1991.
34. GIUSEPPE GALLENCIA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, 1990.
35. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, 1990.
36. ROBERTO CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, 1990.
37. MASSIMO TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, 1991.
38. GIACOMO OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991.
39. NICOLÒ ZANON, *Il libero mandato parlamentare - Saggio critico sull'articolo 67 della costituzione*, 1991.
40. GIUSEPPE VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, 1992.

MEMORIE (SERIE IV)

1. CARLO MAIORCA, *La dinamica giuridica successoria*, 1992.
2. PAOLO GARBARINO, *Contributo allo studio del senato in età giustiniana*, 1992.
3. ROBERTO CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, 1992.
4. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, 1993.
5. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, 1993.
6. LUCIANO MICCO, *Razionalità legislativa e autonomia collettiva*, 1993.
7. MARIA GIOVANNA FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, 1993.

8. PATRIZIA MACCHIA, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico*, 1994.
9. EDOARDO GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, 1994.
10. FRANCESCO CAPRIOLI, *L'archiviazione*, 1994.
11. ANNAMARIA POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, 1995.
12. GIORGIO LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, 1996.
13. DAVIDE PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, 1996.

MISCELLANEA (I SERIE)

1. V. BRONDI, *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza della regia Università di Torino*, con prefazione di SANTI ROMANO, 1934.
2. G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, con prefazione di LUIGI EINAUDI, 1949.
3. G. SEGRÈ, *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1952.
4. P. JANNACCONE, *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie* - I, 1953; II, 1954.
5. B. DUSI, *Scritti giuridici*, a cura di PIERO SCHLESINGER - Due volumi, 1956.
6. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* - I. *Individualismo e diritto privato*, 1959.
7. G. OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto internazionale*, con prefazione di RICCARDO MONACO - I, 1959; II, 1960.
8. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1960.
9. F. PIERANDREI, *Scritti di diritto costituzionale*, con prefazione di LEOPOLDO ELIA - Tre volumi, 1964.
10. A. BERTOLA, *Scritti minori*, con premessa di GIUSEPPE OLIVERO - Tre volumi, 1967.
11. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* - II. *Storicismo e diritto privato*, 1971.
12. P. BODDA, *Studi sull'atto amministrativo*, con premessa di ELIO CASETTA, 1973.
13. G. SEGRÈ, *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di NEVIO SCAPINI e con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1976.

MISCELLANEA (II SERIE)

1. G. TREVES, *Scritti giuridici*, 1982.
2. *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, 1983.
3. G. OLIVERO, *Studia canonica*, presentazione di RINALDO BERTOLINO, 1987.
4. *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* - Atti del Seminario di Torino, 4-5 maggio 1990, a cura di MARIO CHIAVARIO, 1991.
5. *Maestri della facoltà di giurisprudenza torinese* - Paolo Greco, 1991.

MISCELLANEA (III SERIE)

1. *Diritto e processo nella esperienza romana* - Atti del Seminario torinese 4-5 dicembre 1991 in memoria di Giuseppe Provera, 1994.
2. *Atti del Convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa'* - Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Torino 10-12 novembre 1989, 1996.
3. *Scritti in onore di Elio Casetta*, 2001.
4. *Le droit par-dessus les frontières. Il diritto sopra le frontiere*. «Atti delle journées internationales». Torino 2001, 2003.
5. *Interest representation in administrative proceedings*, a cura di ROBERTO CARANTA, 2008.

UNIVERSITÀ DI TORINO MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

MEMORIE (SERIE V)

1. BARBARA LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, 1996.
2. MARIA ANTONIETTA LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.*, 1996.
3. MARIO COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, 1996.
4. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, 1996.
5. PAOLO HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, 1997.
6. FABRIZIO CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, 1997.
7. ANDREA TRISCIUOGLO, «*Sarta tecta, ultro tributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, 1998.
8. ANDREA GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, 1999.
9. GABRIELLA M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, 2000.
10. MARCO PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, 2000.
11. ORNELLA PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, 2001.
12. VINCENZO TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, 2001.
13. MASSIMO MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, 2001.
14. MICHELE VELLANO, *L'organo d'appello dell'OMC*, 2001.
15. MARIA MARGHERITA SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità europea*, 2001.
16. EMANUELE STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, 2002.
17. MARIAPAOLA AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, 2003.

18. ILENIA MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, 2003.
19. SILVIA CANTONI, *Cooperazione multilaterale e finanziamento dello sviluppo*, 2004.
20. DAVIDE PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, 2004.
21. EMANUELE STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, 2004.
22. CHIARA TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, 2004.
23. SERENA QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, 2004.
24. ENRICO GENTA, *Principi e regole internazionali tra forza e costume. Le relazioni anglo-sabaude nella prima metà del settecento*, 2004.
25. DANIELA IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e "fattori di rischio" emergenti*, 2005.
26. ALESSANDRA ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, 2005.
27. GIANNI MIGNONE, *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo. L'evoluzione del rapporto partecipativo*, 2005.
28. PAOLA CASANA, *Tra rivoluzione francese e stato costituzionale. Il giurista Giovanni Ignazio Pansoya (Torino, 1784-1851)*, 2005.
29. ILARIA ZUANAZZI, *«Praesis ut prosis». La funzione amministrativa nella «diakonía» della Chiesa*, 2005.
30. ALESSANDRA ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, 2006.
31. SILVIA MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, 2007.
32. DARIO ELIA TOSI, *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria*, 2007.
33. RICCARDO VIRIGLIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, 2007.
34. GIANLUCA PAOLO PAROLIN, *Dimensioni dell'appartenenza e cittadinanza nel mondo arabo*, 2007.
35. FRANCESCO PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, 2008.
36. MIA CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, 2008.
37. MARGHERITA POTO, *Le autorità di vigilanza sul mercato mobiliare. I custodi incustoditi*, 2008.
38. BARBARA PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, 2008.
39. LUCA IMARISIO, *Inleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali. Profili costituzionali*, 2008.
40. MARCO ANTONIO FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, 2008.
41. CRISTINA VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, 2008.
42. MAURIZIO RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, 2009.
43. ANDREA TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, 2009.

44. SIMONA RODRIQUEZ, *Corte dei conti e responsabilità del militare. Un giudizio amministrativo-contabile «sui generis»?», 2009.*
45. VALERIA MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, 2009.
46. MARIA PIA GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, 2009.
47. SAVERIO MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, 2009.
48. ANTONIO MASTROPAOLO, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della costituzione nella rivoluzione inglese*, 2009.
49. ALESSANDRA ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento «No Tav»*, 2010.
50. LUCIA ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, 2010.
51. MICHELE ROSBOCH, *Decidere invano. I. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*, 2010.

Finito di stampare
nel luglio 2010
Ink & Paper - Cercola (NA)